

INEFICACIA DE LA CLÁUSULA QUE INTRODUCE UNA LIMITACIÓN DE VELOCIDAD EN UN CONTRATO DE TARIFA PLANA DE INTERNET¹

Sentencia de la Audiencia de Colonia (Alemania) de 30 de octubre de 2013 (26 O 211/13)

Ana I. Mendoza Losana

Lourdes García Montoro

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 4 de diciembre de 2013

La empresa de telecomunicaciones alemana Telekom oferta diversos tipos de tarifas de telefonía e internet a sus clientes, siendo la oferta de internet de tarifa plana una de las más demandadas. Sin embargo, las cláusulas que figuran en algunos de sus contratos de tarifa plana de internet han sido consideradas abusivas (unzulässig) por el organismo de defensa del consumidor de Renania del Norte-Westfalia (Verbraucherzentrale NRW) por suponer un perjuicio desproporcionado para el consumidor. Se trata de los contratos de tarifa plana de internet denominados “Call-&-Surf”, en los cuales la velocidad de navegación y descarga se ve reducida a un máximo de 384 kbit/s cuando el usuario ha superado el límite máximo de descarga contratado, dependiendo del caso, 75, 200, 300 o 400 GB mensuales.

El organismo de defensa del consumidor de Renania del Norte-Westfalia interpuso demanda contra Telekom Deutschland GmbH, que fue admitida a trámite y resuelta por la Audiencia de Colonia el 30 de octubre de 2013 (Landgericht Köln vom 30.10.2013, 26 O 211/13²).

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación “Impacto regional de la reciente regulación sobre Derecho de Consumo: el régimen del arbitraje y mediación de consumo, el TR de la LGDCU y la Directiva 29/2005, de prácticas comerciales abusivas”, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

² <http://www.vz-nrw.de/link1125726A>

1. Exposición de los hechos

Telekom promocionó en Alemania su paquete de llamadas + Internet a través de la tarifa “Call-&Surf” como una oferta de tarifa plana con la que se podía navegar por internet con una velocidad de hasta 200 Mbit/s (o la velocidad que según el caso se contratara) por un precio final determinado³; aunque en la publicidad no constaba la existencia de límites de descarga, pudiendo inducir a error al consumidor al utilizar el término “tarifa plana” para promocionar sus tarifas.

En el momento de la contratación se incluye en la cláusula 2.3, como condición general de contratación de la tarifa “Call-&Surf”, una previsión según la cual el volumen de transmisión de datos (Up- and Download o volumen de descarga) contratado por el usuario (75, 200, 300 o 400 GB) quedaría reducido a una velocidad de 384 Kbit/s una vez se hubiera alcanzado el límite máximo de descarga contratado en cada mensualidad. El volumen de transmisión de datos volvería a alcanzar el máximo contratado al inicio de la siguiente mensualidad, en función del día en que se hubiera realizado la contratación del producto.

Mediante escrito presentado a Telekom Deutschland GmbH el 2 de mayo de 2013, el organismo de defensa del consumidor de NRW le solicitó que cesase en la utilización de dicha cláusula en sus contratos de tarifa plana antes del 16 de mayo de 2013. El requerido rechazó dicha solicitud de forma telefónica y el organismo de defensa del consumidor interpuso demanda.

2. Normas alemanas aplicables

El demandante considera que la cláusula 2.3 “Datenvolumen” vulnera el § 307 párrafo 1 en relación con el párrafo 2 nº 2 del mismo precepto del Código Civil alemán (BGB), dado que se produce un perjuicio desproporcionado al usuario que ve limitada la velocidad de navegación, se le impide volver a realizar un uso adecuado del servicio hasta la siguiente mensualidad. El demandado oferta un acceso a Internet de banda ancha con determinado volumen de descarga como contraprestación por el pago del precio (todo incluido) de una tarifa plana, servicio que se ve significativamente afectado por la limitación contenida en la cláusula litigiosa. La significativa reducción de las prestaciones acordadas en el marco de una tarifa plana representa un perjuicio desproporcionado para el usuario como

³ Según la promoción realizada por Telekom, tal y como contempla la sentencia, “Flat zum Telefonieren und Surfen mit bis zu 200 Mbit/s zum günstigen Komplettpreis!”

consecuencia de la imposibilidad de alcanzar los objetivos perseguidos con la contratación de la tarifa. Con la limitación de la velocidad se corre el riesgo de no poder disfrutar de los servicios habituales de internet como descargas de software, actualizaciones, reproducción de música, videos o series de televisión, juegos online, entre otros. Según expone el demandante, por “tarifa plana” debe entenderse aquel servicio que se oferta por un precio fijo sin costes añadidos.

El 12 de junio de 2013, Telekom emite un comunicado de prensa informando de la modificación de sus tarifas, aumentando la limitación de la velocidad de 384 Kbit/s a 2 Mbit/s. En agosto de 2013, el demandante decide proseguir con la demanda con base en la limitación de la velocidad de navegación a 2 Mbit/s, por considerar que causa igual perjuicio que el límite establecido con anterioridad.

El demandado solicita la inadmisión de la demanda por considerar que no puede observarse vulneración del § 307 párrafo 2, nº 2 del BGB, en tanto la reducción de la velocidad de navegación no afecta a gran parte de los clientes, que alcanzan un volumen de descarga de entre 15 y 20 GB, siendo relevante la limitación solo para un 3% o 4% de los clientes. Según manifiesta el demandado, el concepto “tarifa plana” puede traducirse en el pago de un precio fijo todo incluido, pero no puede entenderse como oferta de un servicio exento de limitaciones, sino que su objetivo es posibilitar cualquier tipo de uso de Internet. La reducción de la velocidad de descarga es común también en otros operadores como 1&1, Kabel Deutschland y O2. La Agencia Federal de Redes (Bundesnetzagentur), en comunicado de prensa de 10 de mayo de 2013, consideró que el concepto tarifa plana de datos no era incompatible con la limitación de la velocidad de descarga. Otro de los argumentos que esgrime el demandado se fundamenta en la decisión adoptada por el Tribunal Supremo de Alemania (BGH NJW 2005, 2076), según la cual el proveedor de acceso debe centrar su esfuerzo en proporcionar una adecuada conexión a internet, pero no se verá obligado a establecer un volumen de uso ilimitado.

El demandado considera que la cláusula es válida y que no vulnera el § 307 BGB sobre el control de contenido, por ello solicita que la demanda sea inadmitida a trámite.

3. Declaración y argumentos del Tribunal alemán

El Tribunal alemán considera ineficaz (unwirksam) la cláusula contractual conflictiva, según la cual se limita la velocidad de descarga a 2 Mbit/s, dado el perjuicio desproporcionado que produce sobre los intereses legítimos del

consumidor, de conformidad con lo previsto en el § 307 párrafos 1 y 2 nº 2 BGB, e imprevista en el sentido del § 305 c párrafo 1 BGB.

3.1. Control de contenido sobre cláusulas que limitan la prestación principal

El control del contenido previsto en el § 307 párrafo 3 BGB puede afectar también a partes esenciales del contrato como el precio y por ello, en contra de la opinión del demandado, la cláusula litigiosa quedaría sujeta a control; puesto que si el cliente desea seguir disfrutando de la velocidad de descarga contratada (una vez alcanzado el límite de la mensualidad) debería realizar un pago adicional a lo ya abonado por la tarifa plana.

La aplicación en derecho civil del principio de libertad contractual puede suponer, en ocasiones, la exclusión del control del contenido por voluntad expresa de las partes, que son libres de determinar el precio y las características de las prestaciones a las que se obligan. Sin embargo, solo podrá prescindirse del control de contenido previsto en el § 307 párrafo 3 BGB cuando la cláusula que se deba examinar se refiera a una prestación secundaria, en ausencia de la cual el contrato seguiría desplegando plenos efectos. Quedarían, por tanto, sujetas al control de contenido aquellas cláusulas que imitan la prestación principal, la modifican o vacían de contenido.

El control de contenido protegerá al usuario de la decisión unilateral que el empresario introduzca en una condición general de la contratación por la cual se produzca una reducción o limitación de la prestación contractual esperada. Quedan, por tanto, sujetas a examen solo aquellas cláusulas que afecten a una parte esencial del contrato y cuya ausencia determine la ineficacia del mismo por pérdida de su objeto. En este punto se refiere la Audiencia a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo alemán (BGH 12.03.1987 – VII ZR 37/86; 21.04.1993 IV ZR 33/92; BGH NJW1999, 2279, 2280).

De conformidad con los requisitos expuestos, la cláusula controvertida quedaría sujeta al control de contenido, dada la naturaleza y alcance de la prestación debida. El demandado restringe la disponibilidad del acceso a Internet con la velocidad prometida al establecer una reducción de la misma, lo cual afecta a la prestación principal del contrato. A este respecto, se trata de cómo se oferta y promociona el producto al consumidor en el caso concreto de Telekom, con independencia de que otras compañías de telecomunicaciones, tal y como alega el demandado, utilicen prácticas similares, lo cual no tiene relevancia para el presente caso.

La cláusula litigiosa por la cual se reduce la velocidad de descarga una vez se ha alcanzado el máximo determinado en el contrato es ineficaz (unwirksam), de conformidad con lo establecido en el § 307 párrafo 1 n° 1 BGB; dado que el derecho resultante de la esencia del contrato se ve limitado, la consecución del objeto del mismo se pone en peligro y se produce un perjuicio desproporcionado al consumidor.

3.2. Cláusula insólita o sorprendente (*Überraschende Klausel*)

La cláusula 2.3 podría considerarse también como cláusula insólita o sorprendente (*überraschende Klausel*) y, por ello, ineficaz en el sentido del § 305 c párrafo 1 BGB. Se trata de cláusulas tan poco comunes que son inesperadas por el usuario, no es posible que haya podido conocerlas *a priori*. Requisito previo para poder contemplar la posible aplicación del § 305 c párrafo 1 BGB es que la vigencia de la cláusula sea incompatible con el objeto del contrato y que contradiga la publicidad realizada para promocionar el producto. El precepto no sería aplicable cuando siendo una cláusula fácil de comprender y encontrándose técnicamente ordenada, no quepa esperar por parte del consumidor un desconocimiento de la misma; circunstancia que no concurre en el caso.

De los datos que recoge la sentencia se deduce que la publicidad no era clara ni transparente, pues se limitaba a informar sobre la velocidad máxima de acceso a la red sin limitación alguna al volumen de descargas. Inducía a error al usuario que solo era consciente de contratar cierta velocidad pero no un volumen máximo de datos descargados.

3.3. Definición de tarifa plana

Finalmente, la Audiencia se refiere a la definición de tarifa plana (*Flatrate*). Este concepto debe entenderse, desde el punto de vista de un consumidor medio en el caso concreto que nos ocupa, como el precio final todo incluido del acceso a internet a una determinada velocidad, sin limitaciones y sin costes añadidos. El consumidor medio típico espera que su acceso a internet desde el hogar funcione correctamente con independencia de la calidad y actualización del hardware del que dispone, particularmente por lo que respecta a la transmisión de ciertos datos delicados como sucede en el uso de la banca online.

La significativa reducción de la prestación debida en el marco de una tarifa plana representa un perjuicio desproporcionado al consumidor que pone en peligro el correcto disfrute del servicio por él contratado. No se trata aquí del volumen de descarga que un consumidor medio suele necesitar, o de si solo algunos de los clientes del demandado alcanzan el límite impuesto, sino que la cláusula controvertida afecta al consumidor medio en general.

4. ¿Es extrapolable esta doctrina a España?

4.1. Límites al volumen de descarga

Los principales operadores de telecomunicaciones en España también establecen límites en el acceso a internet de sus contratos de ADSL.

Tomemos como primer ejemplo el caso de Movistar. La tarifa Movistar ADSL se publicita del siguiente modo⁴: “*Comunícate desde casa con quien quieras y navega, a cualquier hora y cualquier día, por internet o por teléfono, con la conexión y la línea de mayor calidad*”. Seguidamente se puede contemplar la imagen de un velocímetro y la cifra “10 Mb” junto a él. Para conocer las condiciones del tráfico de datos incluido en la tarifa, el usuario debe seguir leyendo un poco más abajo, con una letra más pequeña, y abrir la pestaña “especificaciones” para darse cuenta de que los 10 Mb a los que se refería la publicidad que aparecía al inicio de la página es la velocidad máxima de bajada, que la velocidad de subida está limitada a un máximo de 820 Kb y que la descarga de datos es ilimitada.

La empresa Vodafone publicita su tarifa Vodafone ADSL Turbo⁵ como “*el ADSL más rápido del mercado*”, con una velocidad de “*hasta 35 Mb por 0 € + 15 € de cuota de línea si tienes un plan Base o Red. Y si lo prefieres, por 5 € con tu plan Base.*” El usuario tiene que avanzar hasta el final de la página para descubrir los servicios que incluye la oferta, que le permitirá disfrutar de hasta 35 Mb (sin especificar si es la velocidad de subida, de bajada...), gratis + 15€/mes cuota de línea si tienes contratado en tu móvil una tarifa Base3 o RED o si lo prefiere con una Base2 por 5€ + 15€/mes de cuota de línea. En letra muy pequeña ubicado en la mitad de la página web encontramos el enlace que nos permite acceder a las “condiciones legales”, donde finalmente se recogen las

⁴ <http://www.movistar.es/particulares/internet/movistar-adsl/ficha/movistar-adsl-hasta-10mb-autoinstalable?paramPestania=espec&posicionScroll=485>

⁵ <http://www.vodafone.es/particulares/es/tienda/internet-fijo-y-oferta-combinada/vodafone-adsl/>

condiciones generales del servicio de acceso a internet de banda ancha que contemplan la posibilidad de limitar la velocidad contratada: *“El Cliente reconoce que Vodafone no puede garantizar que el mismo disponga de la velocidad contratada en todos los casos, ya que la distancia a la central, la calidad de la línea y las posibles interferencias pueden suponer una disminución de la citada velocidad. En cualquier caso, Vodafone realizará sus mejores esfuerzos para que el Cliente disponga de la máxima velocidad posible técnicamente del servicio ADSL contratado. En la prestación de este servicio, se garantiza una velocidad del veinticinco por ciento (25%) de la velocidad de sincronismo que permita la línea.”*

En cuanto a la velocidad máxima que oferta la empresa Orange con su tarifa de ADSL + llamadas: *“Orange te suministra la velocidad máxima disponible para tu línea con un máximo de hasta 20 Mb/ 1 Mb.”*⁶ Localizamos las condiciones legales de la tarifa al final de la página y se nos remite a una nueva página donde se pueden consultar las condiciones generales comunes de contratación de los servicios Orange⁷ y las condiciones generales asociadas al servicio de acceso a internet de Orange⁸. La cláusula 6 de las primeras, relativa a la *“calidad del servicio”* prevé que *“Orange prestará el Servicio conforme a los niveles de calidad establecidos en las presentes CG y en las CP correspondientes al Servicio contratado. La calidad del servicio puede verse afectada por la ejecución de los procedimientos que Orange tiene dispuestos para medir y gestionar el tráfico a fin de evitar agotar o saturar el enlace de la red, informándose al Cliente de los parámetros de calidad de cada servicio que contrate.”* Nada se dice aquí de posibles limitaciones de velocidad, como tampoco se hace en la cláusula 2 de las condiciones particulares, relativa a la *“calidad del servicio de acceso a internet”*, que contempla únicamente la posibilidad de que el servicio de acceso a internet pueda verse interrumpido durante un periodo máximo de tiempo, superado el cual procederá indemnizar al cliente.

En el caso de ONO, se oferta acceso a internet a distintas velocidades⁹, y se contempla ya desde esta primera página la velocidad de bajada (12, 30, 50 o 100 Mb) y la de subida (1 a 10 Mb dependiendo de la primera). La diferencia es que

⁶ <http://internet.orange.es/adsl/con-linea-orange/maxima-velocidad-llamadas/>

⁷ http://clientes.orange.es/soporte_y_ayuda/pdf/particulares/C_Grales_comunes_castellano_oct_2013.pdf

⁸ http://clientes.orange.es/soporte_y_ayuda/pdf/internet_en_castellano.pdf

⁹ <http://www.ono.es/internet-clientes/velocidades/>

el acceso a Internet prestado por ONO se realiza a través de fibra óptica y no de ADSL y, según la empresa, entre sus ventajas se encuentran que “*ONO vende megas reales, por lo que siempre disfrutas de la velocidad que has contratado*”; “*el resto vende HASTA.*”¹⁰

4.2. Algunos precedentes

Existen varios ejemplos que permiten afirmar que en España podría prosperar una demanda similar, pero no tanto por aplicación del concepto de cláusulas abusivas por introducir un desequilibrio contractual en perjuicio del adherente y su correlativa declaración de nulidad (arts. 82 y 83.1 del TRLGDCU), sino por el carácter insólito o sorprendente de una cláusula que limita la prestación principal no anunciada en publicidad (art. 61 TRLGDCU). A continuación se exponen algunos de los precedentes referidos en los que se muestra el valor integrador de la publicidad, que define y delimita el contenido del contrato.

Los límites a la tarifa plana han de anunciarse en publicidad con la misma intensidad que el propio concepto “tarifa plana”

Dada la concepción generalizada de “tarifa plana” como posibilidad de realizar un uso ilimitado del servicio telefónico o de acceso a datos al precio estipulado, cualquier restricción a esta forma de uso debe figurar en la parte captatoria del mensaje, de modo que no pase desapercibida para un consumidor medio (ej. cartelera final del mensaje televisivo y claramente destacada, limitaciones publicadas en la web que figuran en el cuerpo principal de la publicidad, junto a la descripción de las principales características de la tarifa).

Por ejemplo, la publicidad de la oferta en la web, si bien publica las restricciones a la misma, lo hace de tal modo que sólo pueden ser conocidas en toda su extensión navegando por la web del operador, pasando de una pantalla a otra (principal/ ventajas/ condiciones de la tarifa). Estas formas de presentar la oferta pueden hacer que algunos de sus límites pasen inadvertidos para el destinatario (Rs. Autocontrol 6-5-2010, Orange).

La velocidad publicitada integra el contenido del contrato

La sentencia de 15 de enero 2004, del juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 3 de Pola de Siero (Asturias), condenó a Wanadoo España, filial de Internet de France Telecom, a devolver la mitad de las cuotas y a

¹⁰ <https://www.ono.es/internet-clientes/por-que-internet-de-ono-es-mejor/>

indemnizar con 500 euros a un cliente por la baja velocidad del servicio ADSL Go. La argumentación jurídica de la sentencia se basa fundamentalmente en la publicidad de Wanadoo. Si la empresa no advierte en su publicidad que la conexión no es de 256/128 kbps, sino de *hasta* 256/128 kbps, -como figuraba en el contrato-, o que puede ofrecer velocidades inferiores a determinadas horas, está obligada a proporcionar el servicio en las condiciones establecidas en su publicidad, incumpliendo el contrato en caso contrario. La sentencia declara expresamente que la publicidad es “*engañosa e induce a error del consumidor que de buena fe contrata*”.

Los cargos adicionales no anunciados en publicidad no son exigibles

La sentencia de la AP de Valencia de 16 marzo 2005 condena a Uni2 a pagar una multa de 2000 euros por coaccionar a un cliente e incluirlo en una base externa de morosos por negarse a pagar una cuota mensual que no figuraba en el contrato y sobre la que nada se decía en la publicidad del servicio.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 9 de enero de 2012 (SAP IB 9/2012) desestimó el recurso interpuesto por Movistar, en el que reclamaba a un cliente el pago de las facturas correspondientes a un exceso en el consumo de datos. Movistar aconsejó a su cliente la contratación de una tarifa plana hasta 1 Gb, sin indicación de limitación en la descarga de datos ni la tarificación en caso de excesos de descarga. El contenido del contrato suscrito venía impuesto, sin concretar las características del servicio, ni las consecuencias funcionales y económicas por un exceso de descargas, ni la forma de pago, ni la posibilidad de aplicar tarifas adicionales como tampoco se contemplaban los costes para el cliente en tal caso. La información sobre la tarifa no fue entregada al cliente, ni es fácilmente comprensible por un usuario medio, “*máxime cuando la medida contratada no coincide con la facturada, creadora de confusión.*”

4.3. Conclusión: es posible la aplicación en España de la ineficacia de la cláusula que introduce una limitación de velocidad en un contrato de tarifa plana de internet

Como muestran los precedentes, cabe afirmar que en España podría prosperar una demanda similar a la presentada en Alemania contra las cláusulas que limitan la velocidad de acceso superado el volumen máximo de descarga pero no sólo con fundamento en la aplicación del concepto de cláusulas abusivas por introducir un desequilibrio contractual en perjuicio del adherente que conduciría

a la declaración de nulidad de tales cláusulas (arts. 82 y 83.1 del TRLGDCU), sino por el carácter insólito o sorprendente de una cláusula que limita la prestación principal no anunciada en publicidad (art. 61 TRLGDCU). La legislación española no prevé expresamente la figura de las cláusulas insólitas o sorprendentes. Sin embargo, el valor integrador de la publicidad sí permitiría declarar ineficaz la cláusula limitativa de la velocidad superado cierto volumen de descargas, siempre que el usuario adherente no haya sido debidamente informado de esta limitación antes o en el momento de contratar, correspondiendo al operador probar que informó sobre la restricción.