

DECLARADA NULA LA CLÁUSULA DE "ROAMING" POR ERROR EN EL CONSENTIMIENTO

SAP de Barcelona núm. 489/2014 de 20 de octubre (AC 2014/2003)

Alicia Agüero Ortiz
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Diego Ruiz López
Estudiante del Máster de Acceso a la Abogacía
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 1 de abril de 2015

1. Los hechos

La entidad "Mutua de Propietarios" celebró con la demandada "Vodafone España S.A" un contrato de prestación de servicios de comunicaciones móviles corporativas. Este contrato, estaba integrado por unas condiciones generales que se podían consultar a través de la página web, y por unas condiciones particulares en las que se establecían las tarifas de cada servicio contratado a excepción de la del *roaming* (servicio de datos en itinerancia), para cuya consulta se remitía al usuario a la página web de "Vodafone España S.A".

En una estancia en Portugal en abril de 2010 de uno de los delegados de "Mutua de Propietarios", éste procedió a la transmisión de datos vía *roaming* para la realización de una serie de descargas, sin tener conocimiento de los costes que podía suponer la utilización de dicho servicio. El consumo del servicio de *roaming* que realizó, generó una factura nada más y nada menos que 23.165,94 €. Esta cantidad fue abonada por "Mutua de Propietarios" para evitar la interrupción del servicio telefónico y los perjuicios que ello comportaría a su actividad comercial.

2. Debate jurídico entre las partes

La parte actora interesa que se declare nula la cláusula relativa a los servicios de *roaming*, y así se condene a Vodafone a sustituirla por otra que incorpore las tarifas

y a restituir el importe de la factura más intereses legales, por (i) no informar de forma debida al cliente sobre las tarifas aplicables al servicio; (ii) no adoptar las medidas impuestas por la normativa europea para impedir que los usuarios abonen precios excesivos por la itinerancia dentro de la Unión Europea; y (iii) por no advertir del riesgo de conexiones y descargas automáticas y descontroladas de datos en itinerancia.

Vodafone se opuso argumentando de contrario que (i) se proporcionó una información adecuada al cliente al especificar en las condiciones particulares que podía consultar las tarifas del servicio de *roaming* en la página web; y (ii) el usuario realizó un mal uso del servicio ya que las descargas no se efectuaron desde un terminal móvil, sino que extrajo la tarjeta SIM de éste y la introdujo en un módem para realizar las descargas desde un ordenador. Por último, acaba argumentando la demandada que no le son de aplicación a la actora las normas de la Ley General de Telecomunicaciones¹ por carecer de la condición de "*consumidor persona física y usuario final*".

3. El fallo de la sentencia

En cuanto al fallo de la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona acaba desestimando de forma íntegra el recurso de apelación presentado por parte de Vodafone S.A, y confirmando en su totalidad la sentencia de primera instancia basándose en los argumentos que pasamos a exponer a continuación.

- a) ***Sobre la condición de aplicación de Ley General de Telecomunicaciones a la "Mutua de Propietarios" y el concepto de usuario final:*** El art. 38.2 de la LGTel refería a los derechos de los "*«consumidores» que sean personas físicas y otros y usuarios finales*". El art. 2 del RD 899/2009 de 22 de mayo, de desarrollo de la LGTel y por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, reconoce la titularidad de los derechos del RD a "los usuarios finales", y sigue "*los derechos reconocidos en este real decreto son «adicionales y compatibles» con lo dispuesto en otras normas aplicables y, en especial, en el texto refundido de la LGDCU*". Dado que el art. 1.2.f del RD 899/2009 define "usuario final" como "*el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, ni tampoco los revende*", comprende la AP que efectivamente la Mutua de Propietarios es un usuario final que debe quedar

¹ Debido al momento en que se procedió a la firma del contrato, que fue en 2009, le es de aplicación la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones derogada en la actualidad por la Ley 9/2014 de 9 de mayo.

protegido por los derechos previstos en la normativa aplicable. Esto es así porque, aun reconociendo que la Mutua no tiene consideración de consumidor, puesto que el art. 38.2 LGTel fue modificado por el art. 3 RDL 13/2012 de 30 de marzo, sustituyendo aquél término por el de "usuario final", y además, tal concepto (usuario final) es el empleado por el RD 899/2009, y el Reglamento (CE) 717/2007 de 27 junio, debe aplicarse esta normativa a todos los usuarios finales *"sin distinción entre consumidor y no consumidor ni entre persona física y persona jurídica"*.

- b) Sobre los derechos de información que asisten a los usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas:** El art. 38.2.b) LGTel manifestaba que *"Los derechos de información de los «consumidores» que sean personas físicas y usuarios finales, que deberá ser veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada"*. Por su parte, el RD 899/2009 hace referencia a estos derechos en (i) su art. 3 donde reitera aquellas exigencias (ampliando su ámbito de aplicación subjetivo a todos los usuarios finales); (ii) su art. 8 especifica que los operadores precisarán los precios generales relativos al uso del servicio desglosando sus conceptos y servicios incluidos; y (iii) su art. 12.1 que dispone que *"antes de contratar, los operadores de comunicaciones electrónicas deben poner a disposición del usuario final de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información veraz, eficaz, suficiente y transparente sobre las características del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y de los servicios objeto del mismo"*. Asimismo, el art. 60 TRLGDCU² establece el derecho de los "consumidores" a recibir del empresario antes de contratar, información *"de forma clara, comprensible, y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz, y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular, sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo"*. Finalmente, el Reglamento (CE) 717/2007 de 27 de junio³ recogía en su art. 6 bis el derecho (i) a la información adecuada, pre y post contractual, de las tarifas aplicables al uso de los servicios itinerantes de datos (*roaming*), facilitando a los clientes la comprensión de sus consecuencias financieras para controlar sus gastos; y (ii) a la información periódica sobre el riesgo de descargas y conexiones automáticas descontroladas y la forma de evitarlas.

Por lo tanto, no habiéndose aportado ninguna razón por Vodafone para que las tarifas del *roaming* (notablemente superiores a las del resto de servicios) fueran

² No le puede resultar de aplicación a un usuario final no consumidor.

³ Derogado a partir del 1 de julio de 2012 por el Reglamento 531/2012 de 13 de junio.

menos claras y detalladas que las demás, y no cumpliendo la remisión a la página web con las exigencias informativas del art. 38.2.b LGTel, de los arts. 3.c, 8 y 12.1 del RD 899/2009, del art. 60 del TRLGDCU, ni del Reglamento 717/2007, declara la AP que *"todo lo cual afecta de forma esencial a la validez de la cláusula no solamente por no reunir los requisitos legales, sino también porque no pudo concurrir consentimiento informado por parte del cliente sobre un aspecto de uno de los servicios contratados susceptible de gravar notablemente su patrimonio"*.

- c) ***Sobre la vulneración de la normativa comunitaria relativa al servicio de roaming:*** El art. 6 bis del Reglamento 717/2007 establece que deberá informarse al cliente mediante un mensaje automático (SMS) de la información básica sobre las tarifas aplicables al *roaming*, salvo que el cliente haya notificado a su proveedor que no desea esta información. Pese a que Vodafone insiste en que no se pudo enviar ese SMS ya que el cliente extrajo la tarjeta SIM del terminal, la AP niega acoger tal justificación pues el momento en que debió enviarse el SMS fue al cruzar la frontera y no al iniciar las descargas. Asimismo, a más tardar el 1 de marzo de 2010 los operadores de origen tenían obligación de ofrecer a sus clientes la disposición de un límite financiero máximo para el uso de este servicio, lo que Vodafone no acredita que hiciera sosteniendo que la obligación de conservar la información proporcionada al cliente es de 12 meses (Ley 25/2005), por lo que ya no disponía de ella. Finalmente, el anterior incumplimiento impidió que el cliente recibiera el preceptivo SMS relativo a la superación del 80 % del límite financiero o de volumen máximo⁴.
- d) ***Sobre el uso ilícito de la tarjeta en otro equipo:*** Vodafone sostenía que no tenía un deber general de información sobre un servicio no contratado (uso de la tarjeta SIM en otro equipo a través de un módem), y que de hecho tal acción constituye un uso ilícito de la tarjeta. Pues bien, la AP niega que utilización de la SIM en un equipo, distinto al terminal contratado, para obtener descargas ilimitadas, constituya un uso ilícito puesto que Vodafone no advirtió de ello al cliente, es más, el hecho de que no le advirtiera *"induce racionalmente al cliente a considerar que aquella opción se incluía en el servicio contratado"*.
- e) ***Sobre el carácter abusivo de las "tarifas" aplicadas:*** Dado que el art. 6 bis Reglamento 717/2007 establece que *"la tarifa media al por mayor que el*

⁴ Esta relación de causalidad es exagerada, pues no podemos saber si en el caso de que Vodafone hubiera ofrecido la posibilidad de esta posibilidad al cliente, la hubiera adoptado efectivamente.

*operador de red visitada podrá aplicar al operador de la red de origen*⁵ (...) *no sobrepasará un límite de salvaguardia de 1,00 EUR por megabyte de datos transmitido*" afirma la AP que la tarifa sería abusiva pues se facturó "diez veces más" (no se especifica en la sentencia ni el precio por megabyte cobrado al cliente, ni el peso de las descargas efectuadas por aquel). Con todo, la decisión sobre si las tarifas son o no abusivas se "*torna ociosa*", afirma la AP, pues acaba declarando la nulidad por concurrencia de error en el consentimiento.

f) Nulidad "del servicio de roaming" por error en el consentimiento: En suma, comprende la AP el incumplimiento de los deberes informativos sobre las tarifas de *roaming* y la normativa relativa a riesgos, límites y garantías de los servicios itinerantes de datos, comportan la concurrencia del error esencial en el consentimiento prestado por Mutua de Propietarios "*en relación con los servicios de roaming*".

4. Comentario

No se justifica de ninguna forma cómo resulta esencial el pretendido error -relativo a las tarifas de *roaming*- sobre el objeto del contrato (que es sobre lo que ha de recaer el error para propiciar la nulidad del contrato); tampoco cómo resultó excusable, pues, si bien es cierto que el incumplimiento de las obligaciones informativas podría comportar la falta de transparencia de la cláusula, lo cierto es que la remisión a la página web implica que el error fue inexcusable pues aplicando una diligencia media el usuario podría haber obtenido esos datos⁶. Tampoco se comprende cómo el juez confirma la sentencia de instancia en la que se declara la nulidad de la cláusula de *roaming* (desconocemos si por abusiva, por no transparente, etc.) mediante la declaración de concurrencia de error en el consentimiento, que debe afectar a la totalidad del contrato y así comportar la nulidad del contrato en su conjunto⁷. Máxime cuando el actor no había alegado (ni probado, como le corresponde) el error, sino que interesaron la nulidad de la cláusula contractual. Estamos ante un claro ejemplo de incongruencia *extra petita*. Si la AP quería confirmar la sentencia de instancia o dictar una sentencia congruente con el *petitum* sólo tenía dos vías:

⁵ No se trata, pues, de una tarifa al por menor, ni de la tarifa aplicable al cliente.

⁶ Y es que no es lo mismo declarar nula una cláusula (implica su expulsión del contrato, pero el contrato permanece vivo sin ella), que declarar nulo un entero contrato por error en el consentimiento.

⁷ Es decir, la consecuencia jurídica de la apreciación del error en el consentimiento es la nulidad del contrato y no de una cláusula exclusiva del contrato, por ello se exige que el error invalidante sea esencial (que recaiga sobre la esencia del contrato y no sobre elementos accesorios, como podría ser éste).

- i) Considerar la cláusula nula por abusiva: consecuencia jurídica no aplicable a Mutua de Propietarios por no ser un consumidor, ya que la abusividad de las cláusulas se recoge en el TRLGDU y éste no es extensible a usuarios finales;
- ii) Considerar la cláusula nula por falta de transparencia: creemos que la única posibilidad para considerar la cláusula nula de un contrato suscrito con un "no-consumidor" pero usuario final es la falta de transparencia derivada del incumplimiento de deberes informativos específicos relativos a usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas.