¿PUEDE UNA COMPAÑÍA DE TELEFONÍA MÓVIL SUSPENDER TEMPORALMENTE EL SERVICIO COMO CONSECUENCIA DE LA DESCARGA EXCESIVA DE DATOS POR PARTE DE LOS CLIENTES?

FACUA denunciará Tuenti Móvil por posible inclusión de cláusulas abusivas y ambiguas en los contratos de telefonía

Recientemente, la asociación de consumidores y usuarios FACUA, ha anunciado que próximamente presentará una denuncia contra la empresa Tuenti ante las autoridades de protección al consumidor y telecomunicaciones estatales y autonómicas. En esta ocasión, el conflicto se ha originado como consecuencia de la suspensión temporal del servicio a numerosos usuarios por parte del operador virtual de MoviStar (Tuenti Móvil), motivado por el hecho de haber descargado más datos de los que la compañía considera razonables. A juicio de la asociación de consumidores, que ha recibido numerosas denuncias de afectados por la suspensión temporal sin previo aviso, las condiciones contractuales de Tuenti podrían resultan ambiguas y abusivas.

La cláusula controvertida

La compañía basa su decisión en una cláusula del condicionado general del servicio, en virtud de la cual, la empresa puede suspender el servicio en determinados supuestos. En efecto, el tenor literal de la cláusula incorporada en las condiciones de prestación del servicio telefónico móvil (tanto de tarjeta prepago como de contrato) es el siguiente: "Tuenti podrá suspender el Servicio en supuestos de fraude, riesgo de fraude, uso ilícito del Servicio o incumplimiento de las presentes Condiciones de Prestación del Servicio por parte del Cliente y/o demás condiciones vigentes en cada momento aplicables a las promociones elegidas por el Cliente" (http://www.tuenti.com/movil/legal).

Posibles vías legales para la protección del consumidor y usuario

Así las cosas, son dos las posibles vías que podemos seguir en aras a valorar si la cláusula prevista en el condicionado general resulta o no ajustada a Derecho. En primer lugar, cabe cuestionar una posible aplicación del régimen de no incorporación previsto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. En segundo lugar, habremos de valorar si nos encontrarnos ante una cláusula abusiva de acuerdo con los artículos 82 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa

de los Consumidores y Usurarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU).

Control de incorporación de las cláusulas

En cuanto a la primera cuestión, el artículo 5.5 de la Ley 7/1998 dispone como requisito de incorporación de las condiciones generales, que la redacción de las cláusulas se halle ajustada "a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez". Correlativamente, el artículo 7.b establece que no quedarán incorporadas al contrato las cláusulas que sean "ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles". Así, la consecuencia del incumplimiento de los requisitos de incorporación previstos en el artículo 5 es la no incorporación de las condiciones al contenido del contrato *ex* artículo 7. La regulación expuesta, parte del principio básico en derecho de obligaciones, de que solo puede consentirse aquello que se conoce. En otras palabras, la finalidad de la norma no es otra que permitir la efectiva comprensión por parte del adherente de las condiciones generales, en aras a que pueda emitir válidamente su consentimiento (SAP Barcelona, 27 de octubre de 2006, JUR 2007/144793 y SAP Zaragoza, 18 de febrero de 2008, AC 2008/643) Por ello, se establecen determinados requisitos de incorporación, imponiendo al predisponente la carga de procurar determinada información a la otra parte, que no solo habrá de resultar trasparente, clara, concreta y sencilla en cuanto a su contenido, sino también en cuanto a la forma en que se exponga dicha información.

En el caso que nos ocupa, la cláusula prevista en el condicionado general establece que la empresa que presta el servicio podrá suspender el mismo en supuestos de fraude, riesgo de fraude, uso ilícito del servicio o incumplimiento de las condiciones. En este sentido, pueden surgir numerosas dudas acerca de cuál es el significado exacto de las expresiones empleadas por la parte predisponente en la condición general cuestionada: ¿a qué se refiere con "fraude o "riesgo de fraude"?, ¿qué ha de entenderse por "uso ilícito del servicio"?, ¿cualquier incumplimiento de cualesquiera condiciones dará podrá dar lugar a la suspensión del servicio o solo cuando se incumplan determinadas cláusulas? La primera de las cuestiones encuentra su respuesta en el propio condicionado general, que nos ofrece una definición de fraude junto con algunos supuestos particulares que podrían considerarse como tal ("comunicación realizada mediante la utilización del Servicio con el propósito de obtener ilegalmente una ventaja material, o causar, directa o indirectamente, daños a Tuenti, a terceros, a terceros operadores o a las redes por ellos operadas…"). Sin embargo, ninguna mención se hace en el clausulado general acerca de qué hemos de entender por uso ilícito o qué incumplimientos pueden dar lugar a la suspensión del servicio. En efecto, hemos de tener en cuenta que los artículos 3 y 5 de la Ley 7/1998 tienen por finalidad la no

incorporación de condiciones, no solo cuando su conocimiento era imposible o extraordinariamente complejo (Ej. letra minúscula o ilegible), sino también cuando la comprensión de las mismas se encuentra dificultada por su ambigüedad (significados dispares) o por el uso de términos vagos, oscuros o incomprensibles para el "adherente medio". Por ello, la indeterminación de los extremos a que se refiere la cláusula cuestionada y su escasa concreción, podrían conducir a considerar que la estipulación resulta en su redacción efectivamente oscura y ambigua. De llegar a dicha conclusión, cabría aplicar al supuesto que nos ocupa el régimen de no incorporación previsto en el artículo 7 de la Ley 7/1998. Finalmente, no debemos olvidar la eventual aplicación de la regla *contra proferentem* prevista en el artículo 6.2, en virtud del cual "las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente". En este sentido, parece que la empresa podría estar buscando deliberadamente la oscuridad en aras a ampararse en ella para interrumpir el servicio, y omitiendo expresar de forma clara en el contrato la restricción de derechos de usuario (cuya expectativa es la de acceder ilimitadamente al servicio).

Control de contenido: ¿Es abusiva la cláusula controvertida?

Por lo que se refiere a la segunda vía señalada (control de contenido), debemos recordar que según lo dispuesto en el artículo 82.1 del TRLGDCU, se consideran abusivas aquellas cláusulas no negociadas individualmente que, "en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". Así, el señalado precepto establece la aplicación imperativa de los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, de cuya vulneración deriva la sanción de nulidad *ex* artículo 83 TRLGDCU. Concretamente, dentro de la amplia categoría de cláusulas abusivas, el artículo 85 se refiere a aquellas estipulaciones que merecen dicha consideración por vincular el contrato a la voluntad del empresario. Así, habremos de entender que nos hallamos ante una cláusula abusiva cuando vincule "cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario" (arts. 85.3, 85.7, 85.11). En definitiva, nos encontramos ante supuestos en que se reservan al empresario facultades sobre la perfección y momento de ejecución del contrato, la determinación unilateral de su contenido, su extinción, cumplimiento, resolución e interpretación (REGLERO CAMPOS, L. F.: *Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología.* Aranzadi Civil, 1999, pp. 1637 y ss.)

En cuanto a la cláusula que analizamos (que faculta a la compañía a suspender el servicio en supuestos de fraude, riesgo de fraude, uso ilícito del Servicio o

incumplimiento de las condiciones), la propia ambigüedad que antes señalábamos podría conducir a que la facultad atribuida al empresario se traduzca en la posibilidad de suspender la ejecución del contrato conforme a una interpretación unilateral de las condiciones generales por parte de aquel. En este punto, se hace necesario observar brevemente el resto del contenido del contrato, pues se trata éste de un importante elemento a tener en cuenta a la hora de valorar el carácter abusivo de una cláusula determinada (art. 82.3). Así pues, resulta útil analizar en que casos podremos considerar que se han producido los supuestos que dan lugar a la suspensión del servicio conforme a la cláusula controvertida. En primer lugar, por lo que se refiere al supuesto de fraude, ya tuvimos ocasión anteriormente de señalar la definición prevista en el condicionado general. En cuanto al uso ilícito del servicio, nada aclaran las demás condiciones generales acerca de que hemos de entender como tal. Finalmente, por lo que respecta al último supuesto, se refiere de manera genérica al incumplimiento por parte del cliente de las condiciones de prestación del servicio, lo cual deja abiertas numerosas dudas interpretativas acerca de que incumplimientos serán merecedores de suspensión y cuales no. En definitiva, si la descarga excesiva de datos no parece suponer fraude ni riesgo de fraude, y si tampoco se trata de una conducta merecedora del calificativo de ilícita, cabría cuestionar cual o cuales condiciones del servicio han sido incumplidas por los clientes afectados por la suspensión. En este sentido, las condiciones generales relativas al uso del servicio de datos no determinan un límite cuantitativo relativo al volumen de datos que podrá descargar el cliente, sino que se limita a incluir un compromiso del cliente de no usar el servicio para la realización de determinadas prácticas ilegales (vulneración de derechos fundamentales, incitación a la violencia, apología del terrorismo, pornografía, infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial, etc.). Así las cosas, y en vista de todo lo expuesto, no podemos sino confirmar la existencia de numerosas dudas acerca de la legalidad de la cláusula de suspensión del servicio incorporada por Tuenti Móvil en los contratos de adhesión celebrados con sus clientes. Por lo tanto, en observancia de la normativa protectora de los consumidores y usuarios, y en el caso de considerar que efectivamente nos encontramos ante una cláusula abusiva, habría de aplicarse el régimen de nulidad e integración del contrato previsto en el artículo 83 TRLGDCU, lo cual acarrearía la posible declaración de no validez de las cláusulas (o incluso del contrato en su conjunto, si hubiera afectación de sus elementos esenciales *ex* artículo 1261 CC) de acuerdo también con los artículos 8 y 9 del la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Conclusiones

En vista de todo lo expuesto, debemos señalar las siguientes conclusiones: En primer lugar, de acuerdo con el régimen legal previsto en la Ley 7/1998, sobre Condiciones

Generales de la Contratación, las cláusulas ambiguas y oscuras introducidas en el contrato de adhesión, no deben quedar incorporadas de conformidad con los artículos 5.5 y 7.b. En segundo lugar, por aplicación del artículo 6.2 LCGC, se impondrá la interpretación *contra proferentem.* En este sentido, la ambigüedad no puede ser aprovechada por la empresa para interrumpir el servicio en cualquier momento y sin otra justificación que la descarga excesiva de datos. Si efectivamente desea restringir el volumen de datos a descargar por los usuarios, habrá de expresarlo de forma clara en el condicionado general. Sin embargo, no cabe limitar derechos del usuario a través de la interpretación arbitraria de una estipulación. En tercer lugar, aún en el caso de que la cláusula en cuestión superase el control de incorporación, podría resultar abusiva por vincular el contrato a la voluntad del empresario, atribuyéndole facultades de interpretación unilateral del contrato (82.1, 83, 85.3, 85.7 y 85.11 TRLGDCU).

Miguel Fernández Benavides