

**NULIDAD DE LA CLÁUSULA INSERTADA POR TELEFÓNICA EN SUS CONTRATOS CON CONSUMIDORES, POR LA QUE UN SERVICIO GRATUITO PASA A SER ONEROSO, AL CONSIDERARSE UNA NUEVA CONTRATACIÓN Y NO UNA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO YA ESTABLECIDO**

**Comentario a la STS, Sala I de lo Civil, de 26 de enero de 2017 (JUR 2017\24420)**

**M<sup>a</sup> del Mar Garrido Gómez**

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

**1. Los hechos (tramitación en primera instancia; tramitación en segunda instancia; interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación)**

Para situarnos y poner en contexto el fallo antes debemos centrarnos en los antecedentes de esta sentencia.

- La sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Santander: vino promovida por el Ministerio Fiscal contra Telefónica, ejercitando una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Esta acción de defensa colectiva tiene su origen en la modificación del carácter gratuito a oneroso del servicio de identificación de llamadas por parte de Telefónica.

Este servicio, que había empezado a ofertar la Compañía en 1999 y que consistía en la identificación de llamadas, tanto en el aparato receptor de la misma como en el emisor de ésta, había sido de pago hasta el año 2000, momento en el que suprime la cuota de alta y las cuotas mensuales para los nuevos clientes de telefonía. A partir del 3 de marzo de 2001, Telefónica amplía esta oferta a todos sus clientes, sin distinción alguna entre nuevos y antiguos, en la que eximía del pago de la cuota con carácter indefinido. Sin embargo, a partir de abril de 2008, la Compañía empieza a notificar a sus clientes que el servicio que venía ofreciendo con carácter gratuito para la identificación de llamadas va a pasar a ser de cobro (con un coste mensual de 0,58 euros), ofreciendo la posibilidad de darse de baja de los servicios.

Ante esta cláusula insertada por Telefónica en sus contratos el Ministerio Fiscal interpuso demanda en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios en la que pedía la nulidad de dicha cláusula por abusiva. Aludía para ello que los clientes no habían recibido información suficiente, relevante y veraz.

La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda, al considerar que no existía carácter abusivo, pues el cambio obedecía a una modificación contractual en virtud de la cual Telefónica pasaba a facturar mensualmente por un servicio adicional a sus clientes, y que hasta esa fecha lo había hecho con carácter gratuito. Habiendo, además, informado de manera comprensible y suficiente a los afectados.

- La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª: ante la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Santander, formuló apelación el Ministerio Fiscal. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y dictó sentencia revocando la sentencia anterior y declarando la cláusula insertada por la demandada nula, imponiendo además su eliminación de los contratos por abusiva.

Para la emisión de este fallo, la Audiencia se centra en la determinación de si “estamos ante una nueva contratación o ante una simple modificación de las condiciones del contrato” (motivo en el que se basa el Juzgado para emitir su sentencia). A raíz de ello razona que “el hecho de recibir un servicio que la entidad demandada prestaba gratuitamente a todos los clientes de forma indistinta desde marzo del año 2001, no acredita una contratación expresa, de dicho servicio, por [parte del] cliente”.

La AP fundamenta su razonamiento en los artículos 62.1 y 99.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues ambos establecen que “en la contratación con consumidores y usuarios debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato” y que “en ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta”. De aquí se deriva la voluntad del legislador, a saber, que el consumidor deba dar su consentimiento de forma inequívoca y que, además, el hecho de que se dé a éste un bien o servicio gratuito y no se oponga, no supone una contratación expresa del bien o servicio.

En virtud de este hecho, Telefónica no puede probar que el mencionado servicio de identificación de llamadas fue contratado por cada uno de los clientes de las distintas líneas, mientras que lo único que consta probado es que dio el referido servicio de forma gratuita a la totalidad de los clientes desde marzo de 2001 a julio de 2008. Así, y para poder cobrar el servicio de identificación de llamadas, la Compañía tendría que haber notificado que dejaba de prestar el servicio adicional de forma gratuita y que quien quisiese disponer de dicho servicio debía contratarlo expresamente. Sin embargo, la notificación realizada por la demandada a los consumidores supone la imposición de un servicio oneroso no solicitado.

De esta forma, en aplicación del art. 89 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la AP declaró dicha cláusula nula por abusiva al imponer al consumidor la contratación de un servicio no solicitado.

- Interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación: con motivo de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria, la Compañía interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la misma Audiencia. Ésta tuvo por interpuestos ambos recursos y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

## **2. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I de lo Civil: fallo y fundamentos jurídicos**

Telefónica de España, S.A.U. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial. Por lo que aquí interesa, el recurso de casación está argumentado en cuatro motivos que, lejos de estar desentendidos unos de otros, están relacionados entre sí.

El primero de los motivos está razonado en base a la infracción, según la recurrente, de los artículos 62.1 y 99.1 del TRLGDCU. Ello en base a la argumentación de que el servicio de identificación de llamadas se había ofrecido desde 1999 como una facilidad que se integraba dentro del servicio de telefonía. De este modo, en el año 2008 no se produce una nueva contratación del servicio (que ya se prestaba), sino que se trataba de una modificación de las condiciones en que se iba a ofrecer desde ese momento. Y, además, habían cumplido con todos los requisitos de notificación a los clientes sobre dicha modificación.

El TS en consonancia con la línea tomada por la Audiencia Provincial de Cantabria y señala que, "si nos halláramos ante un cambio de tarifas (queda acreditado que en el periodo comprendido entre 1999 y marzo de 2001 este servicio fue prestado de forma onerosa), en cuanto que hasta entonces se cobrara un precio y se pretendiera incrementar, no habría duda de que nos encontraríamos ante un servicio ya contratado, cuyas condiciones eran objeto de modificación o cambio, y por ello estaba sujeto al régimen normativo...de modificación de las condiciones contractuales". Ahora bien, el problema radica en que dicho servicio de identificación de llamadas ha sido ofrecido de forma gratuita a la totalidad de los clientes y no queda constancia de que dicho servicio adicional hubiera sido contratado previamente, pues ello podría dar lugar a que las compañías ofrecieran servicios gratuitos a los clientes y no demandados por ellos para, de manera posterior, convertirlos en servicios de pago a través de una modificación contractual sin que quede constancia inequívoca del consentimiento de contratación de los consumidores. En palabras del Tribunal: "no debemos admitir la posibilidad de cobrar a un usuario de telefonía un servicio accesorio que no consta que hubiera sido aceptado de forma inequívoca". Por todo esto, entiende el Tribunal que no se trata de una mera modificación de las condiciones del contrato sino una nueva contratación y, por ello, no existe infracción de los arts. 62.1 y 99.1 del TRLGDCU.

En relación con el motivo primero, articulan el motivo segundo, debido a la infracción del art. 89.4 del TRLGDCU, pues la sentencia apelada entiende que la cláusula insertada en las facturas de Telefónica es abusiva al tratarse de una imposición de un servicio oneroso no solicitado sin que se cumplan los requisitos de notificación y aceptación para ello. Frente a ello, insiste la recurrente en que la cláusula no supone una nueva contratación, sino una modificación de las condiciones contractuales.

A este punto contesta el Supremo diciendo que la referida abusividad y nulidad de la cláusula no se halla en la mencionada infracción que alega la Compañía, sino en los artículos 62.1 y 99.1 mencionados en el motivo 1 del recurso y que ya han sido contestados.

El motivo tercero lo basan en la infracción por la sentencia recurrida de los mismos arts. 62.1 y 99.1 del TRLGDCU, en relación con la doctrina del Tribunal Supremo referente a "la validez del consentimiento prestado por medio de actos claros e inequívocos, sin necesidad de formalización concreta o específica de este consentimiento por escrito o medio equivalente, especialmente en el marco de una previa relación contractual de tracto sucesivo de duración indeterminada". Razonan la infracción aludiendo que han seguido el cauce normativo adecuado para notificar de forma clara y transparente a los usuarios el cambio en las condiciones del servicio, así como para verificar la aceptación o consentimiento de los clientes. Relaciona, además, esta aceptación por parte de los usuarios con el presupuesto de que el consentimiento para contratar de forma inequívoca puede ser válido y eficaz "por medio de actos concluyentes, claros e inequívocos, sin necesidad de su formalización concreta o específica. Y que la falta de respuesta a una oferta no deba equipararse a aceptación, requiere algunas matizaciones, sobre todo cuando se trata de contratos de tracto sucesivo".

A este respecto el Tribunal no contradice esta interpretación del articulado y señala, además, que la propia Audiencia no contradice dicha interpretación. La apreciación de la nulidad de la cláusula insertada procede de la consideración que se le da a ésta, es decir, no como una modificación de las condiciones en la prestación del servicio, sino que supone una nueva contratación con los usuarios. Al haber seguido Telefónica el sistema previsto para modificaciones contractuales, este hecho provoca que no quede constancia inequívoca del consentimiento de los clientes, pues simplemente se introduce la cláusula que avisa que la facilidad pasará ser de pago y que los clientes pueden renunciar a este servicio. Es por ello que cabe desestimar el motivo tercero del recurso.

En el último de los motivos alegados por la parte recurrente se denuncia la infracción del art. 82.1 TRLGDCU, en este sentido, para que una cláusula sea declarada abusiva debe darse la "contravención de las exigencias de la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes". Razona la Compañía que en la modificación de las condiciones económicas del servicio de identificación de llamadas se siguen las exigencias de la buena fe contractual y que en ningún caso se ha determinado un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

El Tribunal desestima este motivo es base a que la declaración de abusividad de la cláusula insertada en las facturas por Telefónica no atiende a su contenido, sino al hecho de que se trata de una nueva contratación de un servicio de carácter oneroso sin que quede de forma inequívoca constancia del consentimiento de los clientes a los que se pasaría a cobrar el servicio. Y por ello, resulta irrelevante la cuestión planteada.

Por todo lo expuesto anteriormente falla el Tribunal desestimando el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria.

### **3. Conclusiones**

En esta sentencia el Tribunal muestra de manera clara cómo la inserción de determinadas cláusulas en contratos con consumidores y usuarios puede ser declarada abusiva y por extensión nula sin atender al contenido de la misma. Es decir, puede darse el caso de que el contenido de una cláusula contractual, así como su redacción e inserción en el contrato no provoquen una alteración en el juicio del consumidor, ni sean poco legibles o provoquen una confusión en el cliente, y, aún así, sean declaradas abusivas.

Esta abusividad responde a la interpretación de los artículos 62.1 y 99.1 del TRLGDCU, en relación con el art. 89.4 del mismo texto legal. Éstos establecen, respectivamente, que "en la contratación con consumidores y usuarios debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato" y que "en ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de éstas". De aquí se desprende, tal y como deja claro el Tribunal, que la imposición de un servicio o bien adicional y oneroso a un usuario de telefonía (o a cualquier tipo de consumidor y usuario) sin que quede constancia clara e inequívoca de su consentimiento y voluntad de contratar dicho servicio oneroso provocará la abusividad y nulidad de éste.

Entiende el Alto Tribunal que si se permitiese ofertar bienes o servicios gratuitos a los consumidores y usuarios, no demandados por éstos, para posteriormente modificar las cláusulas contractuales y volverlos de pago se provocaría una indefensión en el adquirente del bien o servicio, ya que se le impone el pago de algo que él no ha contratado. Dicho de otro modo y en palabras del Tribunal: "no debemos admitir la posibilidad de cobrar a un usuario de telefonía un servicio o bien accesorio que no consta que hubiera sido aceptado de forma inequívoca".

En definitiva, la inserción de cláusulas en contratos celebrados con consumidores y usuarios por los que se modifique el carácter gratuito de un servicio que se venía ofreciendo con esta característica y sin que quede constancia inequívoca de la voluntad de contratar dicho servicio por parte del cliente provocará la declaración de nulidad y abusividad de la cláusula en cuestión. Ya que no se trata de una modificación del condicionado, sino la contratación de un servicio nuevo que debe cumplir con una serie de requisitos.