



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00114/2018

N10250
DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

MP

N.I.G. 15030 47 1 2014 0001085

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000527 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: JUICIO VERBAL 0000530 /2014

Recurrente: ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA, VODAFONE ESPAÑA SAU , MINISTERIO FISCAL

Procurador: NOELIA NUÑEZ LOPEZ, CRISTINA PEDROSA CANDAMO ,

Abogado: KARINA DEL CARMEN FABREGAS MARQUEZ, CRISTINA CAMARERO ESPINOSA ,

Recurrido: ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA, VODAFONE ESPAÑA SAU , MINISTERIO FISCAL, LETICIA FRANCO LOZANO , TOMAS BAILE CANOVAS , FRANCISCO JAVIER REDONDO GUERRA , ALEJANDRO FERNANDEZ DEBOUCHAUD , JUAN CARLOS COLLADO COQUE , JUAN LUIS NISTAL MARTINO , FRANCISCO JAVIER ALBA TOLEDO , VERÓNICA GONZALEZ RODRIGUEZ , MANUEL DE LA FUENTE CARVALHO , FERNANDO GIL LACORT , FRANCISCO DE LA TORRE RODRIGUEZ

Procurador: NOELIA NUÑEZ LOPEZ, CRISTINA PEDROSA CANDAMO , , , , , , ,

Abogado: KARINA DEL CARMEN FABREGAS MARQUEZ, CRISTINA CAMARERO ESPINOSA , , , , , , ,

S E N T E N C I A

Nº 114/18

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION CUARTA
CIVIL-MERCANTIL**

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ-MONTELLS Y FERNÁNDEZ

PABLO GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN

En A CORUÑA, a veintiocho de marzo de dos mil dieciocho.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de JUICIO VERBAL 0000530 /2014, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000527 /2017, en los que aparece como parte



demandante-apelante, MINISTERIO FISCAL; demandado-apelante VODAFONE ESPAÑA SAU, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. CRISTINA PEDROSA CANDAMO, asistido por el Abogado D. CRISTINA CAMARERO ESPINOSA; interviniente voluntario-apelante ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. NOELIA NUÑEZ LOPEZ, y con la dirección de la Letrada D. KARINA DEL CARMEN FABREGAS MARQUEZ; intervinientes adherentes: LETICIA FRANCO LOZANO, TOMAS BAILE CANOVAS, FRANCISCO JAVIER REDONDO GUERRA, ALEJANDRO FERNANDEZ DEBOUCHAUD, JUAN CARLOS COLLADO COQUE, JUAN LUIS NISTAL MARTINO, FRANCISCO JAVIER ALBA TOLEDO, VERÓNICA GONZALEZ RODRIGUEZ, MANUEL DE LA FUENTE CARVALHO, FERNANDO GIL LACORT y FRANCISCO DE LA TORRE RODRIGUEZ; sobre ACCIONES DE CESACION, DEVOLUCION DE CANTIDADES COBRADAS E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUCIOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO. DE LO MERCANTIL N° 1 DE a CORUÑA se dictó resolución con fecha 22-11-16, la expresada resolución contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

"Que debo ESTIMAR Y ESTIMO, la demanda interpuesta por el MINISTERIO FISCAL; como interviniente voluntario la Asociación de usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros de España (ADICAE) representada por la Sra. Núñez López asistida por la Sra. Fábregas y como intervinientes voluntarios Yosua Montero, Leticia Franco, Tomás, Baile, Francisco Javier Redondo, Alejandro Fernández, Juan Carlos Collado, Juan Luis Nistal, Francisco Javier Alba, Verónica González, Manuel de la Fuente Carvahlo, Fernando Gil, y Francisco de la Torre, contra la demandada, VODAFONE ESPAÑA S.A.U., representada por la Procuradora Sra. Pedrosa Candamo y asistida por el Letrado Sra. Camarero Espinosa, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la condición general de la contratación, comprendida la cláusula 8. Desbloqueo de terminales- "En caso de que el cliente adquiera un terminal asociado al servicio de Vodafone su uso estará limitado a dicho servicio. En el supuesto de que el cliente estuviera interesado en desbloquear el terminal deberá seguir el procedimiento de desbloqueo de terminal vigente en cada momento y publicado en www.vodafone.es "habiendo, de condenar a la entidad VODAFONE a eliminar las condiciones generales de dicha cláusula y se abstenga de utilizarla en lo sucesivo.

Que debo DECLARAR Y DECLARO como nula la condición general concretada en el punto 8 (desbloqueo de terminales) en el que prevé el cobro de una cantidad al cliente por liberalizar los terminales móviles una vez concluido el periodo de permanencia



pactado o, con anterioridad, siempre que se haya abonado por el cliente la penalización estipulada o el cliente esté cumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato; por tanto no podrá ser incorporada al contrato. En consecuencia, la compañía no podrá negarse a liberalizar el teléfono ni cobrar cantidad alguna por hacerlo en aquellos casos que haya concluido el periodo de permanencia o, en caso de que se resuelva el contrato antes de su finalización, cuando el cliente haya abonado la cláusula penal establecida o este cumpliendo las obligaciones derivadas del contrato. En definitiva, una vez finalizado el periodo de permanencia, o con anterioridad, si se ha abonado la cláusula penal ó se están cumpliendo las obligaciones derivadas del contrato, el cliente debe tener la posibilidad de utilizar libremente el terminal. Habiéndose de aplicar y afectar a todos los adherentes que hayan celebrado o vayan a celebrar contratos en los que la demandada presta servicios de telefonía móvil, aunque no haya sido parte en el proceso.

Que debo CONDENAR Y CONDENO a la demandada a devolver a los adherentes o sus causahabientes que igualmente se determinen, las cantidades cobradas, incluidos los impuestos, antes de finalizar la permanencia cuando el cliente hubiera abonado la penalización estipulada o se estén cumpliendo las obligaciones derivadas del contrato. Asimismo, habrá de reintegrar, previa acreditación por parte de los adherentes, los gastos bancarios o de otro tipo que se hubieren causado al adherente.

Que debo CONDENAR Y CONDENO a la demandada a abonar a los perjudicados, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, los intereses legales incrementado en un 2% con un mes de carencia desde que se, cobraron., en el caso de clientes que hayan contratado servicios de comunicaciones móviles en la modalidad "pospago-particulares" y, en todo caso, que abonen' los intereses legales (art 1108 CC) desde la fecha de interposición de la demanda y el interés legal incrementado en dos puntos desde la sentencia (art 576 LEC), cantidades que se habrán de determinar en ejecución de sentencia.

Los pronunciamientos de condena de devolver las cantidades cobradas y la indemnización, de daños y perjuicios beneficiarán a todos los adherentes 'que hayan abonado a la demandada o a AIRTEL cantidades por liberalización de los teléfonos móviles, una vez finalizado el periodo de permanencia o incluso antes, en el caso de que se hubiere abonado la penalización estipulada.

Debo ACORDAR Y ACUERDO la publicación de la sentencia, con cargo a la demandada, tanto en el Boletín Oficial de Registro Mercantil como en un diario de los de mayor circulación y que se acuerde la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

Que debo ACORDAR Y ACUERDO que se impondrá una multa coercitiva de cinco mil euros por cada día que transcurra, «a partir de los dos meses siguientes a la fecha de su firmeza, en el caso que VODAFONE no haya cesado en el uso de las condiciones generales declaradas nulas. Por cesación se entenderá su supresión y/o la eliminación en los que tenga concertados y las contengan, y la abstención de incluirmos en nuevos contratos, acreditando que ha dirigido una comunicación individualizada a sus clientes depositantes expresiva de las condiciones generales cuya nulidad ha sido declarada.

Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes”.

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por EL MINISTERIO FISCAL, VODAFONE ESPAÑA, S.A Y ADICAE se interpuso recurso de apelación para ante esta Audiencia Provincial, que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido Ponente el Ilmto. Sr. Magistrado **DON ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ-MONTELLS Y FENRÁNDEZ.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña el 22 de noviembre de 2016 en el juicio verbal nº 530/2014, estima la demanda presentada por el MINISTERIO FISCAL, como intervinientes voluntarios la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE), D. YOSUA MONTERO BARBERENA, D^a LETICIA FRANCO OZANO, D. TOMAS BAILE CANOVAS, D. FRANCISCO JAVIER REDONDO GUERRA, D. FRANCISCO JAVIER ALBA TOLEDO, D^a VERONICA GONZALEZ RODRÍGUEZ, D. JUAN CARLOS COLLADO COQUE, D. JUAN LUIS NISTAL MARTINO, D. ALEJANDRO FERNANDEZ DEBOUCHAD, D. MANUEL DE LA FUENTE CARVAHLO, D. FERNANDO GIL LACORT y D. FRANCISCO DE LA TORRE RODRÍGUEZ, en la que ejercita acción colectiva frente a la entidad mercantil VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., declara:

La nulidad de la condición general de la contratación, comprendida la cláusula 8. Desbloqueo de terminales- "En caso de que el cliente adquiera un terminal asociado al servicio de Vodafone su uso estará limitado a dicho servicio. En el supuesto de que el cliente estuviera interesado en desbloquear el terminal deberá seguir el procedimiento de desbloqueo de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

terminal vigente en cada momento y publicado en www.vodafone.es", condenando a la entidad VODAFONE a eliminar las condiciones generales de dicha cláusula y se abstenga de utilizarla en lo sucesivo.

También declara como nula la condición general concretada en el punto 8 (desbloqueo de terminales) en el que prevé el cobro de una cantidad al cliente por liberalizar los terminales móviles una vez concluido el periodo de permanencia pactado o, con anterioridad, siempre que se haya abonado por el cliente la penalización estipulada o el cliente esté cumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato; por tanto no podrá ser incorporada al contrato. En consecuencia, la compañía no podrá negarse a liberalizar el teléfono ni cobrar cantidad alguna por hacerlo en aquellos casos que haya concluido el periodo de permanencia o, en caso de que se resuelva el contrato antes de su finalización, cuando el cliente haya abonado la cláusula penal establecida o esté cumpliendo las obligaciones derivadas del contrato. En definitiva, una vez finalizado el periodo de permanencia, o con anterioridad, si se ha abonado la cláusula penal o se están cumpliendo las obligaciones derivadas del contrato, el cliente debe tener la posibilidad de utilizar libremente el terminal. Habiéndose de aplicar y afectar a todos los adherentes que hayan celebrado o vayan a celebrar contratos en los que la demandada presta servicios de telefonía móvil, aunque no haya sido parte en el proceso.

Condena a la demandada VODAFONE a devolver a los adherentes o sus causahabientes que igualmente se determinen, las cantidades cobradas, incluidos los impuestos, antes de finalizar la permanencia cuando el cliente hubiera abonado la penalización estipulada o se estén cumpliendo las obligaciones derivadas del contrato. Asimismo, habrá de reintegrar, previa acreditación por parte de los adherentes, los gastos bancarios o de otro tipo que se hubieren causado al adherente.

Condena a la demandada a abonar a los perjudicados, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, los intereses legales incrementados en un 2% con un mes de carencia desde que se cobraron en el caso de clientes que hayan contratado servicios de comunicaciones móviles en la modalidad "pospago-particulares" y, en todo caso, que abonen los intereses legales (art 1108 CC) desde la fecha de interposición de la demanda y el interés legal incrementado en dos puntos desde la sentencia (art 576 LEC), cantidades que se habrán de determinar en ejecución de sentencia.

Los pronunciamientos de condena de devolver las cantidades cobradas y la indemnización de daños y perjuicios beneficiarán a todos los adherentes que hayan abonado a la demandada o a AIRTEL cantidades por liberalización de los teléfonos móviles, una vez finalizado el periodo de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

permanencia o incluso antes, en el caso de que se hubiere abonado la penalización estipulada.

Ordena la publicación de la sentencia, con cargo a la demandada, tanto en el Boletín Oficial de Registro Mercantil como en un diario de los de mayor circulación y que se acuerde la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación .

E impone una multa coercitiva de cinco mil euros por cada día que transcurra, a partir de los dos meses siguientes a la fecha de la firmeza de la sentencia, en el caso que VODAFONE no haya cesado en el uso de las condiciones generales declaradas nulas. Por cesación se entenderá su supresión y/o la eliminación en los que tenga concertados y las contengan, y la abstención de incluirnos en nuevos contratos, acreditando que ha dirigido una comunicación individualizada a sus clientes depositantes expresiva de las condiciones generales cuya nulidad ha sido declarada.

Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación el Ministerio Fiscal, mediante el que pretende, se complete la sentencia recurrida, alegando error en la valoración de la prueba, infracción de ley e infracción de las normas y garantías procesales, en el sentido de que se declare expresamente probado que las personas o entidades que figuran en el listado aportado por la demandada al procedimiento, en un soporte DVD, se vieron obligadas a abonar las cantidades que figuran en el propio documento para liberar los teléfonos móviles que les había facilitado la demandada; que se condene a Vodafone a indemnizar a los clientes que se reflejan en el referido listado con las cantidades que se establecen en la sentencia en concepto de gastos, impuestos e intereses, y en consecuencia, que el plazo de dos meses señalado en la sentencia para su cumplimiento, y la multa coercitiva, deberán extenderse al pago o consignación de las cantidades que se derivan del pronunciamiento de condena que se interesa.

Interpuso recurso de apelación ADICAE, alegando errónea valoración de la prueba, y pretende que se complete la sentencia por el ejercicio de la acción colectiva en el sentido de que la declaración de nulidad, cesación e indemnización de daños y perjuicios se haga extensiva a los adherentes personados y no personados, de contrato o de prepagado, personas físicas, profesionales y entidades que al contratar con Vodafone se hayan visto afectadas por la condición general de la contratación cuya nulidad se declara, esto es que figuran en los listados aportados por la demandada al procedimiento y que abonaron unas cantidades que figuran en dichos documentos para liberar los teléfonos móviles que les había facilitado y respecto a los cuales deben ser indemnizados con los intereses legales y recargos que establece la sentencia.



Por otra parte, la entidad demandada-condenada también interpuso recurso de apelación, mediante el que pretende, con revocación de la sentencia apelada, la desestimación íntegra de la demanda, delimitando el recurso a los siguientes motivos:

1º) Infracción del artículo 5 de la LCGC, al declarar nula la cláusula litigiosa por considerar que no supera el control de incorporación.

2º) Infracción de los artículos 82 y 86.7 del TRLGDCYU, al declarar nula la cláusula por abusiva.

3º) Que los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia exceden del alcance permitido por la ley: La sentencia vulnera las normas procesales y materiales referidos a la materia, por cuanto incurre, con el segundo párrafo del fallo, en una incongruencia extra petita, pronunciándose más allá de los límites permitidos por la acción inhibitoria prevista en la ley al declarar nula una cosa distinta a la propia cláusula litigiosa.

SEGUNDO.- En cuanto a la acción colectiva de cesación por condiciones generales de la contratación, cabe indicar que no se discute que las concretas cláusulas litigiosas se tratan de condiciones generales de contratación sujetas al control de incorporación y transparencia.

Se pretende con la demanda que se declare la nulidad de las condiciones generales en los contratos de telefonía móvil, que formalizaba la entidad demandada en los contratos de telefonía con sus clientes, en su modalidad de prepago (o tarjeta), comprendida en la cláusula 8. Desbloqueo de terminales- "En caso de que el cliente adquiriera un terminal asociado al servicio de Vodafone su uso estará limitado a dicho servicio. En el supuesto de que el cliente estuviera interesado en desbloquear el terminal deberá seguir el procedimiento de desbloqueo de terminal vigente en cada momento y publicado en www.vodafone.es". Y en los contratos de comunicaciones móviles en su modalidad postpago (o contrato), con particulares y empresas, por cuanto se incluye una condición general idéntica a la anterior, en su cláusula 9. Que se condene a la demandada a que elimine de sus contratos las mencionadas cláusulas, y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

Posteriormente en el suplico de la demanda, añade en su punto 5º, una petición, que afirma para que aclare el contrato y, en consecuencia se fije como doctrina jurisprudencial, en el sentido de que es nula la condición general de los contratos de telefonía móvil en la que se incluya una condición general en la que se prevea el cobro de cantidad



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



alguna al cliente por liberalizar los teléfonos (bien mediante la inclusión de la condición en el contrato, bien mediante la remisión de condiciones publicadas por la empresa en otros medios) una vez concluido el periodo de permanencia pactado o, con anterioridad, siempre que se haya abonado por el cliente la penalización estipulada o el cliente esté cumpliendo las obligaciones derivadas del contrato. En consecuencia, la compañía operadora no podrá negarse a liberalizar el teléfono ni cobrar cantidad alguna por hacerlo en aquellos casos en que haya concluido el periodo permanencia o, en caso de que se resuelva el contrato antes de su finalización, cuando el cliente haya abonado la cláusula penal establecida o este cumpliendo las obligaciones derivadas del contrato. E insiste, en definitiva, una vez finalizado el periodo de permanencia, o con anterioridad, si se ha abonado la cláusula penal o se están cumpliendo las obligaciones derivadas del contrato, el cliente debe tener la posibilidad de utilizar libremente el terminal.

Pues bien, tal como decíamos en nuestra sentencia de fecha 11 de enero de 2016, sobre consideraciones de la acción de cesación de las condiciones generales de contratación:

"2.1 Contratación seriada y por negociación.-

La contratación bajo condiciones generales configura un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada; fenómeno que, como dice la STS 677/2014, de 2 de diciembre, con cita de la STS 464/2014, de 8 de septiembre, se califica, en la actualidad, como un "auténtico modo de contratar", diferenciable del contrato por negociación, con un régimen y presupuesto causal también propio y específico.

2.2 Requisitos de las condiciones generales de contratación.-

La existencia de condiciones generales de contratación exige la concurrencia de una serie de requisitos que las definen como tales y que recuerda la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 mayo:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma



expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

2.3 Acciones de cesación.-

El art. 51 de la CE obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, y dentro de este marco tuitivo se posibilita el ejercicio de acciones en defensa de sus intereses generales, ya sean colectivos o difusos, por las asociaciones que representan y defienden sus intereses, como es la actora en este proceso, la entidad ADICAE.

Ahora bien, la vía elegida por la actora, ante el Juzgado de lo Mercantil, es el ejercicio de acciones de cesación al amparo de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, la cual, en su Exposición de Motivos, se refiere a ellas, al señalar: "El capítulo IV regula las acciones colectivas encaminadas a impedir la utilización de condiciones generales que sean contrarias a la Ley, como son la acción de cesación, dirigida a impedir la utilización de tales condiciones generales; la de retractación, dirigida a prohibir y retractarse de su recomendación, siempre que en algún momento hayan sido efectivamente utilizadas, y que permitirá actuar no sólo frente al predisponente que utilice condiciones generales nulas, sino también frente a las organizaciones que las recomienden, y la declarativa, dirigida a reconocer su cualidad de condición general e instar la inscripción de las mismas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar las acciones individuales de nulidad conforme a las reglas comunes de la nulidad contractual o la de no incorporación de determinadas cláusulas generales".

Pues bien, en el caso presente, nos encontramos ante la acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación que se consideran nulas por abusivas. El art. 12.2 de la LCGC norma que: "La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados. En caso de





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

no avenirse a tal solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia”.

Por consiguiente, tal y como parece configurada la acción, nos hallamos en realidad ante una suerte de acumulación legal de una acción mero declarativa de la nulidad de una condición general de contratación, que actúa como presupuesto o condicionante de una pretensión de cesación, o dicho de otro modo de abstención de utilizar en el futuro cláusulas reputadas nulas, de manera tal que la consideración de la nulidad de una condición general de contratación es un prius lógico de la viabilidad de la estimación de la acción de cesación.

Conforme al art. 8 de la LCGC serán nulas de pleno derecho las condiciones que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hoy RDL 1/2007.

No podemos considerar, que las acciones de cesación carezcan de finalidad, con base en el argumento de que la entidad demandada dejó de comercializar los terminales de forma gratuita, con código de desbloqueo (Simlock) para los clientes de telefonía móvil, por cuanto que lo que procede resolver es la impugnación de concretas condiciones generales de la contratación de la demandada. Así, la STS 834/2009, de 22 de diciembre, señala, que: “a) El requisito de que la conducta cuya cesación se solicita se esté realizando al momento de la presentación de la demanda no es exigido por el artículo 12.2 LCGC. b) Una interpretación sistemática del precepto tampoco permite considerar la exigencia del requisito que la parte recurrente invoca, por cuanto las acciones de cesación no van dirigidas únicamente a lograr la interrupción de las actuaciones que vulneran el derecho protegido, sino también a prevenir aquellas de las que razonablemente pueda temerse en el futuro una perturbación del citado derecho. En el caso examinado el hecho de que la entidad financiera cesara en el ofrecimiento de los productos financieros que dieron lugar a las declaraciones de nulidad no comporta la seguridad de que dichas actuaciones, habida cuenta de su naturaleza y circunstancias, no pudieran repetirse en el futuro bajo la misma forma u otra similar”, es decir mediante la negociación de otros valores”.

En cuanto a las practicas comerciales abusivas, dispone el artículo 8 de la LCGC que serán nulas de pleno



derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. El número segundo del mismo artículo añade que en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La remisión debe entenderse hecha hoy a los artículos 82 a 89 del texto refundido de la LGDCU.

Y el artículo 82 del TRLGDCU establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente 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 deriven del contrato. Las prácticas no consentidas que el precepto reputa cláusulas abusivas son, precisamente, las que el predisponente impone como contenido obligatorio, definidoras o integradoras de los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato.

Las prácticas no consentidas que el precepto reputa cláusulas abusivas "son, precisamente, las que el predisponente impone como contenido obligatorio, definidoras o integradoras de los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato. Alude a la pretensión de imponer al consumidor usos, formas de proceder, como reglas contractuales, y la Ley veda que tales prácticas, aun cuando sean conocidas por el consumidor e incluso cuando las haya consentido tácitamente, puedan operar en la disciplina del contrato desequilibrando en perjuicio del consumidor los derechos y obligaciones que del contrato dimanen. Ni siquiera el consentimiento expreso del consumidor preserva en todo caso la virtualidad de esas prácticas, pues incluso los acuerdos individuales con consumidores pueden ser nulos si resultan ser contrarios a normas imperativas.

TERCERO.- Pues bien, tal como señala la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, 7 LCGC -"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-

Ahora bien, posteriormente se refiere, y así lo destaca con claridad, al control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores, con cita expresa de la legislación tuitiva que les afecta. El art. 8.2 de la LCGC norma que, en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en los arts. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en el presente caso es de aplicación el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

Y la exposición de motivos de la LCGC dispone: "Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual".

En consecuencia, la cuestión a dilucidar se circunscribe a determinar si la información facilitada por la entidad demandada a sus clientes de telefonía móvil, en sus modalidades de prepago y pospago, dados los términos en los que le fue dada, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de conocimiento de la cláusula litigiosa por parte del adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no tratarse de una cláusula ilegible, ambigua, oscura e incomprensible.

Pues bien, respecto de los requisitos de inclusión y transparencia, en el presente caso, consideramos igual que las cláusulas cuya nulidad se insta respetan el criterio de inclusión, en tanto en cuanto se cumplen los requisitos del art. 5.1 de la LCGC, pues nos encontramos ante contratos celebrados por escrito y los clientes firmaron las condiciones contractuales, posibilitando con ello su incorporación al



contrato y sin que las mismas obrasen en documentación separada, pudiéndose otorgar en este caso a la suscripción del contrato la naturaleza de forma de protección y de integración.

El art. 5.5 de la LCGC establece que la redacción de las cláusulas debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Realmente nos encontramos ante el deber genérico de transparencia con respecto al cual los mentados criterios son simples manifestaciones.

La razón que justifica dichas exigencias normativas es la asimetría que existe entre la posición del predisponente y el adherente, que determina la necesidad de proteger a este último, imponiendo al primero la obligación de actuar de buena fe, redactando sus condiciones generales de contratación de forma tal que permitan tomar constancia de las obligaciones que se asumen por la contraparte, posibilitando de esta manera que no se vea sorprendida por cláusulas afectantes al contenido económico real del contrato celebrado, que no gocen de los precitados presupuestos de conocimiento civiliter, bien por ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles en los términos del art. 7 b) de la mentada Disposición General, o bien por privar al adherente del conocimiento efectivo de las prestaciones contractuales predispuestas.

En definitiva, se pretende garantizar el juego de la libre autonomía de la voluntad, permitiéndole al adherente buscar otras alternativas convencionales en el mercado, favoreciendo su correcto funcionamiento, pues en última instancia el control de transparencia es mecanismo protector de la legítima competencia.

La razón de ser de la protección que dispensa la LCGC es poder acceder al contenido contractual con plena conciencia del compromiso asumido o al menos tener la posibilidad real y no formal de adquirirlo.

La claridad implica que las condiciones generales de significado fundamental para la economía del contrato se distingan sin dificultad dentro del clausulado contractual, o dicho de otra forma que no aparezcan ocultas o disfrazadas, volatilizadas entre otras, distrayendo los sentidos del adherente, de manera tal que no consiga tomar conciencia efectiva de su importancia y trascendencia. Existen condiciones que por su especial onerosidad requieren tratamiento no discriminatorio o incluso destacado.

Exige también la claridad, que las condiciones predispuestas sean inteligibles o de fácil comprensión, evitando en lo posible expresiones que sólo están al alcance de los expertos en una determinada materia o ciencia,





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

desconsiderando al sector potencial de contratantes a las que las mismas se dirigen.

Implica además que se ofrezca toda la información precisa para adoptar la decisión contractual. No obstante, no cabra alegar la oscuridad de una cláusula cuya comprensión se obtenga mediante la aplicación de la diligencia debida en atención a las circunstancias de personas, tiempo y lugar conforme resulta del art. 1104 del CC.

La concreción supone que las condiciones sean precisas, determinadas y sin contener vaguedades que generen confusión.

La sencillez implica que el conocimiento de lo pactado no ofrezca dificultad. La ambigüedad que la cláusula admite distintos significados, y, por ende, merece reproche, sin perjuicio de la aplicación a la misma de la regla contra proferentem, recogida en el art. 6.2 LCGC.

Pues bien, las cláusulas litigiosas no negociadas, predisuestas e impuestas por la demandada, resulta que son redactadas de acuerdo con criterio de claridad, concreción y sencillez.

De las mismas resulta que en caso de que el cliente adquiriera un terminal asociado al servicio de Vodafone su uso estará limitado con dicha operadora de telefonía. Y que si el cliente quiere desbloquear el terminal, existe un procedimiento vigente en cada momento y publicado en la web de Vodafone.

En definitiva, las cláusulas resultan comprensibles para el adherente, superan el criterio de incorporación, en tanto en cuanto se cumplen los requisitos del art. 5 de la LCGC.

Y por lo que se refiere a la remisión para el desbloqueo de terminal al publicado en www.vodafone.es, tal como decíamos en nuestra sentencia de fecha 19 de febrero de 2008, aunque existen pronunciamientos discordantes, la jurisprudencia mayoritariamente ha admitido la validez de las cláusulas de referencia en orden a entender incorporadas las estipulaciones contenidas en documentos adjuntos o en el reverso del documento firmado (SAP de las Islas Baleares de 26 de julio de 2006). Lo que puede ser aplicado al caso, en cuanto a la remisión expresa a la pagina web de Vodafone, a la que tienen acceso los clientes para conocer su contenido en aras a conocer el procedimiento de desbloqueo de los terminales.

No podemos por ello compartir las consideraciones que la sentencia apelada hace en el sentido expuesto, cuando



mantiene que el adherente desconoce prima facie el procedimiento del desbloqueo vigente en cada momento, una vez que ha tomado el adherente medio la decisión de desbloquear el terminal, para poder declarar nula la cláusula litigiosa por considerar que no supera el control de incorporación a los efectos del artículo 5 de la LCGC, cuando es fácilmente comprensible para un adherente medio, cuando la cláusula establecía una clara e inequívoca remisión a la página web de la demandada y que dicha página recogía el procedimiento a seguir para proceder al desbloqueo.

CUARTO.- Ahora bien, posteriormente se refiere, la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, y así lo destaca con claridad, al control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores, con cita expresa de la legislación tuitiva que les afecta. El art. 8.2 de la LCGC norma que, en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Y la exposición de motivos de la LCGC dispone: "Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual".

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, sobre la improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, razona:

"1.- La recurrente, consciente de las limitaciones antes indicadas relativas a la improcedencia de un control de abusividad respecto de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, postula que sí pueden someterse a lo que la jurisprudencia de esta Sala ha



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.

2.- Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (sentencias de esta Sala núm. 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 241/2013, de 9 de mayo; 638/2013, de 18 de noviembre; 333/2014, de 30 de junio; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril; y 705/2015, de 23 de diciembre).

Como recordamos en la sentencia núm. 705/2015, de 23 de diciembre, ya dijimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 138/2015, de 24 de marzo, que este doble control de transparencia consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato:

«conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en



contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.”.

En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2017.

QUINTO.- En consecuencia, la cuestión a dilucidar se circunscribe a determinar si la información facilitada por la parte demandada, dados los términos en los que fue dada, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de conocimiento de las cláusulas litigiosas por parte del consumidor al tiempo de la celebración del contrato.

El art. 89.1 RDL 1/2007, atribuye la condición de abusiva a la adhesión por parte del consumidor a cláusulas de las cuales no haya tenido la oportunidad de conocimiento real antes de la celebración del contrato.

Pues bien, no concurre prueba sobre el cumplimiento de ese deber reforzado de informar previamente a la suscripción del contrato al consumidor, tanto en la modalidad de prepago (o de tarjeta), como pospago (o de contrato), del coste económico del desbloqueo del terminal que habría de soportar



para el caso de utilización del servicio telefónico habilitado al efecto para desbloquear el terminal, la carga económica que realmente supone para él cliente el contrato celebrado, en contra de las exigencias de transparencia de la normativa de consumidores y usuarios.



Y no puede amparar la actuación de la demandada, el argumento del coste de gestión que le supone el dar el servicio telefónico para el desbloqueo del terminal para los clientes que así lo soliciten. Que no es más que el establecimiento de limitaciones que obstaculizan el derecho del consumidor a poner fin al contrato una vez finalizado el periodo de permanencia o antes tras el abono de la penalización, dado el coste para liberar el terminal (art 87 TRLGDCU).

Sin que a dichos efectos lo desnaturalice el hecho de la posibilidad de una alternativa gratuita a los clientes a través de la web de la demandada, lo que no se concede ni se posibilita a los no clientes, y no puede admitirse pese a lo alegado que se trate de un proceso sencillo para un consumidor medio. Lo que además disuade a cesar en esa vinculación contractual de permanencia del consumidor con la entidad demandada. Tampoco el hecho del coste económico no recuperado que afirma la demandada en el periodo analizado.

De tal modo, no se cumple la necesidad de una información precontractual suficiente y adecuada que incida en la transparencia de la cláusula de desbloqueo inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir, no bastando que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente, antes de la celebración del contrato, pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas (STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai, de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, párrafo 75; STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, párrafo 47; y la de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo).

La mentada cláusula, carece de transparencia y produce un desequilibrio en las recíprocas prestaciones de las partes, en tanto en cuanto impone una limitación técnica a los teléfonos móviles facilitados a los clientes que impide su utilización con otros operadores, restringe la posibilidad de utilizar el terminal para otros fines y con otras compañías, cuando el consumidor ha cumplido con sus obligaciones



contractuales, y la demandada no informó precontractualmente a los clientes consumidores de las consecuencias económicas que se aplicarán para poder proceder a su desbloqueo, sino que, por el contrario, norma que éstos se obligan a satisfacer los que la entidad demandada tenga establecidos, ni tan siquiera se prevé la obligación de comunicar su variación durante el iter contractual, dando opción al adherente a desvincularse del contrato. Por lo que los consumidores quedan sometidos al arbitrio o variación unilateral de las condiciones contractuales impuestas por el predisponente. Por lo que las referidas cláusulas litigiosas no superan el deber de transparencia que se contempla en el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas en desarrollo del artículo 38 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en su artículo 3. Derechos de los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, que recoge en su letra c) Derecho a la información veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada sobre las condiciones ofrecidas por los operadores y las garantías legales.

Por su parte, el art. 7 a) de la LCGC establece que no quedarán incorporados al contrato las condiciones que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa a la fecha de celebración del contrato, en el mismo sentido que el art. 89.1 RDL 1/2007, que atribuye la condición de abusiva a la adhesión por parte del consumidor a cláusulas de las cuales no haya tenido la oportunidad de conocimiento real antes de la celebración del contrato. Y el art. 85.3 del referido texto legal sobre modificación unilateral de las condiciones del contrato, que exigiría la obligación de comunicar la variación y posibilidad de resolver al consumidor.

Desde la perspectiva del control abstracto de nulidad que impone la acción colectiva, la reserva del derecho a modificar unilateralmente, sin invocación de razón válida y en perjuicio del cliente, el importe del servicio telefónico para proceder al desbloqueo del terminal que presta la demandada mediante una simple publicación en la web de las tarifas aplicables, como efectivamente así fue, sin obligación de informar al consumidor o usuario con antelación razonable de la variación de las condiciones a su arbitrio, sin que se obligue a informar de las modificaciones a los clientes consumidores para que puedan resolver el contrato es nula por abusiva en aplicación de lo establecido en el artículo 85.3 de la LGDCU (en línea con la Letra j del anexo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993).

Por lo anterior, consideramos que dichas cláusulas son condiciones generales de la contratación incorporadas a los contratos, bien por su indeterminación en su definición, bien



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

de admitir las mismas tal como están recogidas, de ahí que su abusividad resulte clara ante un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales.

En definitiva, no consideramos que en el presente caso se cumplan las exigencias del control de transparencia reforzada, que producen un manifiesto desequilibrio contractual y resultan ilícitas por abusivas, ante la ausencia de información suficiente precontractual sobre su carga económica, en definitiva no negociadas ni asumidas libre y voluntariamente por los consumidores, encontrándose éstos últimos en una posición de desventaja, de inferioridad, en lo que se refiere al nivel de información, por lo que la consecuencia, es la expulsión de la cláusula contractual declarada nula en contratos con consumidores, por abusiva, y la imposibilidad de llenar la laguna legal mediante una interpretación integradora del contrato.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal con su recurso, pretende se complete la sentencia recurrida, alegando error en la valoración de la prueba, infracción de ley e infracción de las normas y garantías procesales, en el sentido de que se declare expresamente probado que todas las personas o entidades que figuran en el listado aportado por la demandada al procedimiento, en un soporte DVD, se vieron obligadas a abonar las cantidades que figuran en el propio documento para liberar los teléfonos móviles que les había facilitado la demandada; que se condene a Vodafone a indemnizar a los clientes que se reflejan en el referido listado con las cantidades que se establecen en la sentencia en concepto de gastos, impuestos e intereses, y en consecuencia, que el plazo de dos meses señalado en la sentencia para su cumplimiento, y la multa coercitiva, deberán extenderse al pago o consignación de las cantidades que se derivan del pronunciamiento de condena que se interesa.

En primer lugar, cabe indicar sobre la alegada vulneración del artículo 209.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la falta de una relación de hechos probados, en apartado específico de la sentencia apelada, que, conforme a reiterada jurisprudencia, las sentencias civiles no requieren relación formal de hechos probados. Así, la STS de 12 de mayo de 2015, entre otras, refiere que a diferencia de lo que sucede en los órdenes jurisdiccionales penal y social, en que las sentencias deben de tener necesariamente una relación de hechos probados, el artículo 209.2 de la LEC no contempla esta obligatoriedad, sino que relativiza la necesidad de inclusión de hecho probados al utilizar la locución "en su caso". Por tanto basta que en fundamentación de la sentencia se razone cuál es la argumentación fáctica, sin formalismo alguno, oportuna para que explique la motivación y contenido de la resolución.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

Y además, de los datos obrantes en el DVD aportado, no puede concluirse que todos los clientes recogidos en el mismo (519.360), todos de la modalidad contractual pospago (o de contrato), tengan la condición de consumidores para que se pueda proceder tal como interesa el Ministerio Fiscal, cuando del mismo listado no puede deducirse demostrado que todos los referenciados, y solo éstos, hubiesen intervenido en el contratación con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, que excluirá en tal caso las normas represoras de la abusividad de contenido de las condiciones generales o cláusulas predispuestas, ni del más específico control de transparencia de tales cláusulas.

Incumbe a la actora la carga de demostrar quien tiene, con relación a los contratos litigiosos, la condición de consumidor, cuando puede deducirse claramente el aparente destino empresarial y mercantil del contrato cuando se trate de empresas, sea el contratante persona individual o sociedad con personalidad jurídica propia.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) no contiene reglas especiales sobre distribución de la carga de la prueba de la condición misma de consumidor, y que las generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), siempre matizadas por los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, sólo determinan cuál de los litigantes debe correr con las consecuencias negativas de que un hecho discutido -del que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda quede finalmente indemostrado.

Según el art. 3 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 Usuarios y otras leyes complementarias, relativo al concepto general de consumidor y de usuario, en su redacción original vigente a la fecha de celebración de los contratos con aplicación de las cláusulas litigiosas, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

La STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14), enseña que para determinar la condición de consumidor y la aplicación de la legislación tuitiva que le ampara, tiene en cuenta el criterio de la vinculación a la actividad profesional, al establecer que: «El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco



un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete».

Interpretando dicha resolución la STS 224/2017, de 5 de abril, proclama que: "En esta sentencia, el TJUE recuerda que, conforme al Derecho de la Unión, es consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva 93/13/CEE, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, y que como tal consumidor, se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional, idea que sustenta el sistema de protección establecido por la norma comunitaria. Y, al efecto de determinar la condición de consumidor del contratante, en el sentido de dicha Directiva, aclara el TJUE que el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio".

Por su parte, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (caso Tarcãu), en su apartado 27, recalcó: «A este respecto, procede recordar que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión».

La existencia del ánimo de lucro no excluye la condición de consumidor (STS del Pleno 16/2017, de 16 de enero), en el mismo sentido la jurisprudencia comunitaria STJUE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), o 25 octubre 2005 (asunto Schulte).

En este mismo sentido, dice la STS 115/2017, de 22 de febrero, reiterando la anterior 16/2017, que "cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro", salvo que realice dichas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º Código de Comercio.

Al no ser posible en este momento la determinación individual de los consumidores que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena en los términos contemplados en la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221, en relación con el 519, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableceremos los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago, y en su caso instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la parte demandante.

- a) Las personas físicas, o sus causahabientes, que ostentando la condición de consumidor, hubiesen contratado con la demandada VODAFONE (antes Airtel), tanto en la modalidad de prepago, como pospago, conforme a las cláusulas que se declaran nulas, por abusivas, que entraron en vigor en agosto y noviembre de 2012.
- b) Que justifiquen el abono de la cantidad exigida por la demandada (6 euros + Iva; desde julio de 2013, 8 euros + Iva), para proceder al desbloqueo del terminal que les había facilitado la demandada, en razón de las referidas cláusulas.
- c) Que no hayan sido ya devueltas por la demandada las cantidades referidas con anterioridad.

SEPTIMO.- En cuanto al recurso de apelación interpuesto por ADICAE, alegando errónea valoración de la prueba, en el sentido de que el pronunciamiento de la sentencia dictada de declaración de nulidad debe aplicarse a todos los adherentes que hayan celebrado o vayan a celebrar contratos en los que la demandada presta servicio de telefonía móvil, aunque no haya sido parte en el proceso, que se hayan visto afectadas por la condición general de la contratación cuya nulidad se declara, y la referencia a los listados aportados por la demandada, nos remitimos a lo expuesto en el fundamento anterior.

Realmente con su recurso, con lo que muestra su rechazo, es que la condena de la demandada al pago de una indemnización que se hace en la sentencia apelada, únicamente lo sea a los clientes que hayan contratado en la modalidad pospago particulares, cuando entiende que debe ser extensiva a todos los adherentes afectados, por lo que considera que se trata de un pronunciamiento discriminatorio.

Ahora bien, dicho pronunciamiento es conforme con la pretensión de condena contemplada en el apartado 10 del suplico de la demanda formulada por el Ministerio Fiscal, que



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

por evidentes razones de congruencia no se puede extender (art. 218 LEC), por lo que el motivo del recurso no puede ser estimado.

OCTAVO.- Por último, se achaca por la parte recurrente a la sentencia apelada de que adolece del vicio procesal de incongruencia, por el pronunciamiento recogido en su apartado segundo, y no podemos estimar tal impugnación.

Es sabido, como ya hemos dicho en anteriores ocasiones, que la incongruencia adquiere relevancia constitucional, siempre que provoque una alteración del principio de contradicción, vulnerador del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE, situación que se produce cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (STC 18 de octubre de 2004).

Constituye, por su parte, doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, la que viene sosteniendo con reiteración que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (SSTS de 14 de abril de 2011 y 18 de mayo de 2012).

Los términos de comparación para determinar si una sentencia es o no congruente son las pretensiones de las partes y el "fallo" (SSTS 30 enero, 17 abril y 19 de julio de 2013 entre las más recientes).

Esta incongruencia puede producirse en diversos supuestos, si concede más de lo pedido ("ultra petita"), si se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("citra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita.

La incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), que es la denunciada en el presente recurso de apelación, en relación con el principio "iura novit curia", se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones (SSTS de 6 de octubre de 1988 y 1 de octubre de 2010).



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

O también, como señala la STC 9/1998, de 13 de enero, en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio "iura novit curia" [el juez conoce el Derecho]; pues el legítimo juego de tal principio no permite la mutación del objeto del proceso ni la extralimitación en la causa de pedir, en definitiva la resolución de problemas distintos de los propiamente controvertidos (SSTS de 7 de noviembre de 2011, 29 de enero y 26 de marzo de 2012 y 11 de junio de 2013).

Como afirman las SSTS de 9 de diciembre de 2010, 24 de noviembre de 2011 y 12 de junio de 2013, hay incongruencia "cuando en el pronunciamiento judicial se altera el objeto del proceso y se varían los términos en que se planteó el debate procesal, en tanto se vulnera el principio de contradicción y con ello el derecho de defensa».

Ahora bien, esta correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes (SSTS de 27 de marzo y 13 de mayo 2008 y 12 de junio de 2013).

El respeto a la "causa petendi" [causa de pedir], esto es el acaecimiento histórico o relación de hechos que sirven para delimitarlas, es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo "iura novit curia" [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (STS 12 de junio de 2013).

Asimismo, debe precisarse que no se incurre en incongruencia por haber resuelto la pretensión ejercitada en la demanda conforme al resultado de la prueba practicada -SSTS de 28 de julio de 1997 y 22 de mayo de 1999, entre otras-, pues, como se señala en la STS de 30 de enero de 2007 -con cita de la de 28 de junio de 2006, la cual a su vez cita de las de 19 de junio de 2000, 2 de diciembre de 1998, 21 de julio de 1997 y 17 de abril de 1995-, "no son determinantes de incongruencia las aportaciones proporcionadas por la prueba aunque supongan la revelación de circunstancias no conocidas al tiempo de formularse las alegaciones" (STS de 5 de febrero de 2009).

Pues bien, tras las mentadas consideraciones previas, de naturaleza estrictamente jurídica, estamos ya en condiciones de abordar el causal de apelación interpuesto, fundado en la incongruencia de la sentencia apelada para desestimarla, ya que ésta no incurre en la denunciada infracción procesal.



Cierto que en la sentencia apelada se estima la acción colectiva de cesación en el uso de condiciones generales de contratación y, reputando nulas, por abusivas, de las condiciones generales de la contratación litigiosas, cuya consecuencia es su expulsión o eliminación del contrato, pero el pronunciamiento impugnado tiene su razón de ser en la pretensión declarativa contemplada en el apartado 5º del suplico de la demanda, por lo que la sentencia guarda la correspondiente congruencia con lo pedido en demanda. Ahora bien, únicamente indicar que jurisprudencia únicamente la crea el Tribunal Supremo con la doctrina que de modo reiterado establezca al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 1.6 CC).

En definitiva no hay incongruencia, puesto que no se ha variado la causa petendi. Se ha decidido expresamente en la sentencia apelada conforme a las pretensiones de las partes, por lo que no constituye un pronunciamiento judicial extra petita, habida cuenta que fue postulado en la demanda del Ministerio Fiscal.

NOVENO.- Procede por tanto la revocación parcial, en el sentido antes referido, la sentencia apelada, y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en ambas instancias por las misma razones aducidas por el juzgador a quo (art. 394 y 398 Lec).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español.

F A L L A M O S

Que con estimación parcial de los recursos de apelación formulados, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, que revocamos, en el sentido de estimar la demanda promovida por el Ministerio Fiscal, reputando nulas, por abusivas, las condiciones generales de la contratación litigiosas, que se concretan en el hecho decimo de la demanda, "Desbloqueo de terminales- "En caso de que el cliente adquiriera un terminal asociado al servicio de Vodafone su uso estará limitado a dicho servicio. En el supuesto de que el cliente estuviera interesado en desbloquear el terminal deberá seguir el procedimiento de desbloqueo de terminal vigente en cada momento y publicado en www.vodafone.es", condenando a cesar en el uso de la mismas, no sólo suprimiéndolas en los nuevos contratos, sino también eliminándolas de los que tenga concertados y las contengan.

Acordamos, al no ser posible en este momento la determinación individual de los consumidores que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena, de conformidad con lo dispuesto en el artículo



221, en relación con el 519, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago, y en su caso instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la parte demandante, serán los recogidos en el fundamento sexto de esta misma resolución judicial.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

Confirmamos en lo demás la sentencia apelada, con sustitución de consumidores donde en el fallo refiere adherentes, y no hacemos especial imposición de las costas originadas en la alzada a ninguna de las partes.

Dese el destino legal a los depósitos constituidos para recurrir.

Esta sentencia no es firme en Derecho y contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo por razón de interés casacional y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, siempre que concurran los presupuestos legales para su admisión, a interponer ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde su notificación.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Iltmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe,