ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4
Avda Pedro San Martin S/N
Santander
Teléfono: 942357137
Fax.: 942357143
Modelo: AP004
Juicio verbal (250.2) 0000208/2011 - 00
JUZGADO MERCANTIL Nº 1 de Santander

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**
Nº: **0000017/2013**
NIG: 3907547120110000288
Resolución: Sentencia 000130/2014

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	FISCALIA FISCALIA	
Apelado	COMPAÑIA TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.	CARMEN MANTILLA ABASCAL
Apelado	CONFEDERACION DE CONSUMIDORES Y VECINOS DE CANTABRIA	FEDERICO ARGUIÑARENA MARTÍNEZ

SENTENCIA nº 000130/2014

Presidente
D./Dª. Maria Jose Arroyo Garcia (Ponente)

Magistrados
D./Dª. Marcial Helguera Martínez
D./Dª. Joaquin Tafur Lopez de Lemus

En Santander, a 12 de marzo de 2014.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4 de Cantabria los presentes autos de Juicio verbal (250.2), Rollo de Sala nº 0000017/2013, procedentes del JUZGADO MERCANTIL Nº 1 de Santander,

En esta segunda instancia ha sido parte apelante MINISTERIO FISCAL, parte apelada COMPAÑIA TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. , representado por el Procurador Sr/a. CARMEN MANTILLA ABASCAL , y asistido del Letrado Sr/a. NICOLAS ORIOS ENCISO y parte apelada-impugnante CONFEDERACIÓN DE CONSIMIDORES Y VECINOS DE CANTABRIA, representado por el Procuradora Sr/a. ARGUIÑARENA MARTINEZ y defendido por el Letrado Sr/a. FRANCISCO I. DIEZ LOPEZ .

Es ponente de esta resolución el Iltmo. Sr. Magistrado D/Dña. Maria Jose Arroyo Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Iltmo. Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO MERCANTIL Nº 1 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 17 de septiembre de 2012, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: DESESTIMANDO la demanda interpuesta por el MINISTERIO FISCAL frente a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A., representado por la Procuradora doña Carmen Mantilla Abascal, en el que ha actuado como demandante la CONFEDERACION DE CONSUMIDORES Y VECINOS DE CANTABRIA, representada por el Procurador don Federico Arguiñarena Martínez, absuelvo a la demandada de todas las peticiones deducidas frente a ella.

No se realiza condena al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Iltma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Contra la sentencia de instancia se interpone recurso de Apelación por el Ministerio Fiscal, igualmente es impugnada la sentencia por la Asociación de Consumidores y usuarios Consumidores y vecinos de Cantabria.
Antes de entrar en el análisis de cada una de las cuestiones objeto de debate, procede hacer unas precisiones.

El Ministerio Fiscal ejercita acción de cesación en defensa de intereses colectivos y solicita que se declare la nulidad de la siguientes cláusula:" informamos que a partir de la fecha 10 junio (1 octubre) finaliza la promoción de gratuidad del servicio de identificación de llamadas, pasando a cobrar por el servicio de identificación de llamadas 0.58 Euros"; la nulidad se insta no sólo para los clientes titulares de las llamadas líneas individuales, sino también para los clientes de líneas dúo o trío y para los clientes de las llamadas línea básica; así resulta tanto de la demanda como de las precisiones realizadas en la Audiencia previa.

SEGUNDO. Debe consignarse los siguientes hechos probados:

A) con fecha del año 1999 telefónica de España S.A. procedió a prestar un servicio consistente en la identificación de la llamada entrante. Se trata de un servicio accesorio, cuyas tarifa de alta y mensual fue publicada en el BOE 22 febrero 1999.
B) Tras las correspondientes comunicaciones a las administraciones públicas la empresa demandada eximio del pago de la cuota de alta y de las cuotas mensuales para el servicio de identificación de llamadas durante el periodo 1 septiembre de 2000 hasta el 28 febrero de 2001 a los nuevos clientes que solicitasen el alta entre el 1 de septiembre 2000 y 15 enero 2001.
C) Con fecha 16 de febrero de 2001 la entidad demandada realizó la comunicación debida a las administraciones públicas notificando que a partir del 3 de marzo 2001 eximía del pago de la cuota de alta y de las cuotas mensuales por el servicio de identificación de llamada a todos los clientes y con carácter indefinido. A partir de

dicho momento prestó dicho servicio de identificación de llamadas a todos los clientes, de forma gratuita.

D) Tras las pertinentes comunicaciones a las Administraciones Públicas, telefónica de España S.A. en distintas fechas a partir de abril de 2008 notificó a sus clientes que el servicio de identificación de llamadas dejaba de ser gratuito y tenía un costo mensual de 0,58 Euros; cobró que se iniciaría el 10 junio o 1 octubre 2008 según el cliente fuese titular de línea individual, línea básica o de línea dúo o trío. Igualmente incorporaba a la factura donde se hacía la notificación, hoja comprensiva de los derechos del usuario, posibilidad de darse de baja de los servicios contratados y modo de verificarlo, facilitando un número de teléfono gratuito para mayor información.

TERCERO. La cuestión objeto de debates es determinar si estamos ante una nueva contratación o ante una simple modificación de las condiciones del contrato.

La sentencia de instancia considera que estamos ante una simple modificación de las condiciones del contrato y que la demandada a cumplido con su obligación de notificar las modificaciones y facultar al cliente para darse de baja.

La Sala no comparte el criterio del juzgador de instancia.

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 el cliente.

La entidad demanda no aporta documento escrito o gravado alguno que acredite que el servicio de identificación de llamadas fue ofrecido a todos u cada uno de los clientes de líneas básica, líneas individuales y líneas dúo o trío, comunicándoles que era gratuito de forma temporal pero en el futuro podría tener un costo. Es la demandada quien debe aportar dicha prueba en aplicación del art.217 ley de enjuiciamiento civil.

El art. 62 de la ley general para la Defensa de los Consumidores y usuarios, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007 de 18 noviembre establece:" 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". En el art. 99.1 de referida ley se dice:" en ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta" Es clara la voluntad del legislador: el consumidor y usuario debe dar su consentimiento de forma inequívoca al servicio que contrata. El hecho de que se dé, al consumidor y usuario, un bien o servicio gratuito y el cliente no se oponga, no supone una contratación expresa del bien o servicio.

Telefónica de España S.A. no prueba que contrato dicho servicio de identificación de llamadas con cada uno de los clientes de las distintas líneas. Lo único que consta probado en autos es que telefónica de España S.A. dio dicho servicio de forma gratuita a la totalidad de los clientes desde marzo de 2001 a julio de 2008.

Para poder cobrar dicho servicio de identificación de llamadas, telefónica de España s.a. debía haber notificado que dejaba de prestar el servicio de identificación de llamadas de forma gratuita y que quien quisiese disponer dicho servicio debía contratarlo expresamente , siendo su coste 0,58 Euros al mes.

La notificación realizada por la entidad demandada a sus clientes supone la imposición de un servicio oneroso no solicitado. El art. 89 de la ley para la defensa de Consumidores y usuarios considera abusivas las cláusulas que imponen al consumidor y usuario bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados.

La cláusula introducida por la entidad demandada en las facturas de los clientes, por el que les informa que a partir del 10 de junio o del 1 de octubre, según tipo de cliente, el servicio de identificación de llamada tiene un costo mensual de 0,58 Euros es nula. Todo ello sin perjuicio del derecho de la entidad demandada a dejar de prestar dicho servicio de forma gratuita.

CUARTO. Conforme al art. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento civil no procede hacer imposición de las costas procesales de ninguna de las instancias. No se imponen las de la primera instancia por la dudas de derecho que plantea la cuestión debatida.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Estimando el recurso de Apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander en juicio verbal nº 208/11 y con revocación de la misma declaramos la Nulidad de la Cláusula que acuerda a partir del 10 junio ó 1 octubre 2008, finalizar la promoción de gratuidad del servicio de identificación de llamadas, pasando a tener un costo mensual de 0,58 euros. Condenado a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración y a eliminar del contrato la cláusula declarada abusiva. Sin hacer imposición de las costas procesales de ninguna de las instancias.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Iltmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha de lo que yo el Secretario doy fe.