



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

XDO. DO MERCANTIL N. 1 DE A CORUÑA

RÚA ENRIQUE MARIÑAS S/N, EDIFICIO PROA 7º ANDAR (MATOGRANDE), A CORUÑA

Teléfono: 981182166-881881135

Fax: 981182134

Equipo/usuario: MR

Modelo: N18740

N.I.G.: 15030 47 1 2014 0001085

JVB JUICIO VERBAL 0000530 /2014-ML

Procedimiento origen: /

Sobre CONDICIONES GENERALES CONTRATACION

DEMANDANTE D/ña. ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE)., MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCAL , xxxxxxx

Procurador/a Sr/a. NOELIA NUÑEZ LOPEZ

Abogado/a Sr/a. KARINA DEL CARMEN FABREGAS MARQUEZ

DEMANDADO D/ña. VODAFONE ESPAÑA S.A.U VODAFONE ESPAÑA S.A.U

Procurador/a Sr/a. CRISTINA PEDROSA CANDAMO

Abogado/a Sr/a. CRISTINA CAMARERO ESPINOSA

T E S T I M O N I O

SANDRA ROSA PEREZ GOMEZ, Letrado de la Administración de Justicia, del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, Doy Fe y Testimonio que en los autos de JUICIO VERBAL 0000530 /2014 consta Sentencia, que literalmente se pasa a transcribir a continuación:

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

D. JOSE MARIA FERNANDEZ ABELLA Juez sustituto del Juzgado Mercantil nº 1 de A Coruña y de su Partido Judicial ha dictado la siguiente

SENTENCIA nº 256/2016

En A Coruña, 22 de noviembre de 2.016

Vistos por D. JOSE M^a FERNANDEZ ABELLA Juez sustituto del Juzgado Mercantil nº 1 de A Coruña, los autos del Juicio Verbal 530/14-ML, sobre **ACCION DE CESACION, DEVOLUCION DE CANTIDADES COBRADAS POR LA DEMANDADA E INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS**, en el que son parte el demandante el MINISTERIO FISCAL en defensa de derechos supraindividuales y la demandada, VODAFONE ESPAÑA S.A.U., representada por la Procuradora Sra. Pedrosa Candamo y asistida por el Letrado Sra. Camarero Espinosa.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se registró en el Juzgado Decano la demanda promovida por el MINISTERIO FISCAL, contra la entidad mercantil VODAFONE ESPAÑA S.A.U. (en adelante VOODAFONE), en la que tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho de su pretensión finalizaba solicitando que, previos los trámites legales y el recibimiento del pleito aprueba se dicte sentencia por la que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula en la que regula lo relativo al desbloqueo de terminales en la que estipula : *"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 terminales vigente en cada momento y publicado en www.vodafone.es";* se insta la devolución de las cantidades indebidamente percibidas e indemnización de los daños y perjuicios causados. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada haciéndose el llamamiento y publicidad, interesando su intervención voluntaria la entidad ADICAE en fecha de 21 de abril de 2015 y de los particulares D. xxxxx.

En fecha 30 de octubre de 2015, con entrada el 4 de noviembre, el Ministerio Fiscal interesó la práctica de prueba anticipada, acordándose por providencia de fecha 3 de noviembre, resolución que es recurrida en reposición por la demandada en base a los argumentos que constan en autos y, en fecha 26 de noviembre, ADICAE interesa la práctica de la prueba anticipada. En fecha 20 de enero de 2016 se resuelve el recurso de reposición desestimando el mismo en los términos que constan en actuaciones; cumplimentándose la prueba en fecha 5 de febrero de 2016.

TERCERO.- En fecha 12 de febrero de 2016 se celebró la vista en la que las partes se ratificaron en su demanda contestándose la demandada en los términos que constan en acta; propuestas las pruebas consistentes en la documental y testifical se efectuaron conclusiones quedando los autos vistos para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este Juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habremos de determinar cuál es el objeto de controversia concretándose en el ejercicio de una acción de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

cesación de la cláusula en la que se estipula "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 terminales vigente en cada momento y publicado en www.vodafone.es"; interesando, como consecuencia de la estimación de dicho petitum principal, la devolución de las cantidades cobradas para dicho desbloqueo y la indemnización de los daños y perjuicios contra Vodafone España SAU (en adelante Vodafone).

Es necesario abordar la alegación efectuada por la demandada al mentar que la citada cláusula ha tenido una vigencia desde finales del 2012 hasta verano del 2014, lo que, a entender de la misma, conlleva que carezca de objeto la petición de cesación al no existir el ilícito denunciado; dicho de otra manera, se aduce la carencia sobrevenida de objeto del planteamiento realizado. Conviene recordar que la vigente LEC ha introducido, en su art 22, la posibilidad de terminación del proceso por carencia sobrevenida del objeto lo que hubiera de tener como consecuencia la conclusión del procedimiento de impugnación, así lo ha venido recogiendo la jurisprudencia menor -véase SAP de Santa Cruz de Tenerife 13-2-2004; Madrid 16-10-09 entre otras muchas- y en la que indican que en la vigente LEC se ha introducido, expresamente, una excepción al principio "ut pendente nihil innovetur", estableciendo en su art 413 que no se ha de tener en cuenta las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubieren dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo a las pretensiones que se hubieren deducido en la demanda o en la reconvencción, o por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa, remitiéndose, en este caso, a lo dispuesto en el art 22, que regula la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto.

No compartimos el postulado planteado por la parte y es que ha sido reconocido, siendo un hecho incontrovertido que, aun cuando la misma no es aplicable a los terminales dados a partir del verano del 2014, al no ser subvencionadas siendo, en consecuencia, abonadas por el abonado en su facturación, si se sigue aplicando para con las terminales que si estaban subvencionadas (dadas gratuitamente el usuario) y cuyos contratos están vigentes; dicho en otras palabras, si el usuario quisiese desbloquear su terminal adquirido, antes de verano de 2014, habría de seguir el proceso concretado en la cláusula que es objeto de impugnación, extremo este que conlleva que persista la controversia toda vez que lo que se interesa no es una prohibición cara al futuro sino que se interesa el cese de la aplicación de la misma en relación con



los contratos ya celebrados y que todavía no han tenido que efectuar el abono para ese desbloqueo.

SEGUNDO .- Entrando en materia, se ejercitan de forma acumulada en la demanda las acciones individuales de nulidad por condiciones generales de la contratación, al amparo de los art 8 y 9 de la LCGC.

Establece el art 8 de la LCGC " 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. 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".

En cuanto a las acciones individuales de nulidad y no incorporación, el art. 9 LCGC dispone que "la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del art 1261 CC ".

Por lo que respecta a las condiciones generales que figuran en contratos celebrados con consumidores y usuarios, el art. 8.2 reputa nulas las condiciones generales que sean abusivas, remitiéndose en este punto a lo establecido en el art. 10 bis y DA 1ª TRLGDCU (los artículos 80 a 91 sustituyen la vieja regulación recogida en el anterior artículo 10 bis de la Ley; y se establece en el art. 82 que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato ".

En lo que respecta a los intervinientes en calidad de demandantes, debe tenerse en cuenta que este Juzgado accedió a la intervención de varios consumidores afectados por la comercialización de participaciones preferentes, al tenor de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

lo establecido en el art 13 de la LEC "en particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos". Mas tal intervención de los particulares lo es a los efectos de coadyuvar a las acciones entabladas por el MINISTERIO FISCAL, en defensa de derechos supraindividuales y, a posteriori, de ADICAE ya que dicha asociación litigaba en este proceso en defensa de los intereses de sus asociados y en defensa igualmente de los intereses generales colectivos de los consumidores afectados por la comercialización de participaciones preferentes, ex art 11.2 LEC.

El artículo 15 de la LEC se refiere a la publicidad e intervención en procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios y dispone que "cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido".

Por tanto, si bien se admitió la intervención de xxxx, en calidad de demandantes, ello no les facultaba para formular una acción individual de nulidad de condiciones generales, al amparo del artículo 9 LCGC), por lo que esta acción únicamente debe ser resuelta en cuanto al demandante inicial que mantiene en la actualidad tal condición.

TERCERO.- El concepto de condición general de la contratación debe buscarse en su propia normativa, en concreto, en el artículo 1 de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, (en adelante, LCGC), cuando afirma que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesto por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos; habiendo de precisar que, el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

De la propia redacción del artículo 1 de la Ley de 1998 cabe extraer sus dos principales características, a saber, que la condición general de la contratación es una cláusula o estipulación contractual predispuesta e impuesta por una de las partes (predisponente) a la otra (aceptante o adherente),



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

cuya libertad contractual queda limitada a la mera aceptación, o eventual rechazo, de la misma, y que es el instrumento propio utilizado en la contratación en masa o por adhesión (véase "Contrato de adhesión"). La peculiaridad, por tanto, de las condiciones generales de la contratación también reside en el hecho de que no son ambas partes las que la redactan de común acuerdo, sino que ésta es impuesta por una de ellas a la otra, que no puede más que aceptarla o rechazarla. Ahora bien, para que la "cláusula no negociada individualmente" alcance la categoría de "condición general de la contratación", requiere además que habrá de nacer bajo la necesaria finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, normalmente de adhesión, por eso especifica la propia Ley que, el hecho de que alguna cláusula haya sido negociada individualmente, como ya apuntábamos, no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. A estos efectos, el propio Preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley de 1998 delimita claramente estas figuras cuando, al abordar la cuestión relativa al carácter prohibido de toda condición o cláusula abusiva en protección de los consumidores, afirma que *"una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe una negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en 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"*.

Como dice la STS de 9 de mayo de 2013, la consideración como condición general de la contratación entraña, a tenor del artículo 1 de la LCGC, que se trate de cláusulas predispuestas (previamente redactadas antes de negociar cada contrato concreto al que luego se van a incorporar), destinadas a servir para una pluralidad de contratos (vocación de generalidad tendente a disciplinar de modo uniforme diversos contratos) y cuya incorporación haya sido impuesta por una parte (por iniciativa exclusiva del predisponente) a la otra adherente (que o se pliega a ellas o tiene que renunciar a contratar). Se trata, por lo tanto, en sentido negativo, de cláusulas no negociadas individualmente (lo que no entraña su ilicitud, al tratarse, en principio, de un mecanismo legítimo, propio de la oferta en masa, que el empresario puede diseñar al amparo del principio de libertad de empresa).



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Y precisa el alto tribunal, en la citada resolución, que no puede equiparse a negociación el simple hecho de que se tenga la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; como tampoco la posibilidad, siquiera teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios, circunstancias que, como veremos, no acontecen en el caso que nos ocupa. Por otra parte, la STS recuerda que en la normativa vigente fruto de la transposición de la Directiva 93/13 no se requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a todos los contratos que celebre la entidad, ni exige la inevitabilidad, sólo que se trate de "cláusulas no negociadas individualmente".

Íntimamente relacionadas, las condiciones generales de la contratación encuentran expresa regulación en la ya citada Ley 7/1998 que supuso la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 93/13/CEE, "*sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*". No obstante, el legislador optó por mantener la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU) (véase "contrato de adhesión"), aunque modificada y ampliada. En definitiva, se ha mantenido una duplicidad normativa, con distintos ámbitos de aplicación y un criterio general común, como es la absoluta prohibición de las denominadas "cláusulas abusivas" cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, remitiéndose incluso a la regulación de la Ley de 1984 respecto de la propia definición de cláusula abusiva (artículo 10 bis de la Ley 26/1984) y de aquellas específicas que han de reputarse abusivas contenidas en su Disposición Adicional Primera (hoy en los artículos 82 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias). Por lo demás, sus ámbitos subjetivos de aplicación difieren, por cuanto la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación se aplica a todo contrato que contenga condiciones generales celebrados entre un profesional (predisponente u oferente) y cualquier persona física o jurídica (adherente), no necesariamente consumidor, pues el adherente, aclara el artículo 2.2 LCGC, podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad, lo que conlleva que la alegación efectuada por la demandada, en cuanto a lo acreditar el actor, la condición de consumidores de los afectados, quede inocua. En definitiva, las condiciones generales utilizadas frente a un profesional quedarán sometidas a los controles generales previstos por la Ley de 1998, a excepción del control de su abusividad por la Ley de 1984, del que quedan excluidas por disposición expresa del artículo 8.2 de la LCGC, así como por el espíritu propio de tal control fruto del mandato constitucional contenido en el artículo 51 de la Constitución



Española de 27 de diciembre de 1978 (que establece "que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Asimismo promoverán su información y educación, fomentarán sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles").



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Es un hecho notorio que, en determinados sectores, (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e internet, primera venta de vivienda, etc.) la contratación de las empresas y profesionales con los consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación predeterminadas e impuestas por la empresa o el profesional. Quien pretende obtener los productos o servicios en estos sectores deberá aceptar las condiciones generales impuestas por el oferente o renunciar a contratar con él, circunstancia esta que no solo resulta corroborada por la constatación empírica, sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera de ser negociado individualmente. Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación, no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, véase sentencias núm 244/2013, de 18 de abril y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar, sin más, en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, porque carecería manifiestamente de fundamento.

Partiendo de esta premisa, es necesario puntualizar que el uso de condiciones generales de la contratación presenta idéntico riesgo que, en general, la utilización del contrato de adhesión, como es el de la existencia de posibles abusos por parte del predisponente. Es evidente que en esta tipología de contratos las partes no pactan en igualdad de condiciones,



siendo sumamente significativo el hecho de que una de las partes encuentra limitada la autonomía de su voluntad a la mera "libertad de contratar", a decidir si acepta o no, pero carece de auténtica "libertad de contratación", es decir, a influir de manera decisiva en el contenido y regulación de la relación jurídica que entabla (véase "contrato"); de ahí la especial preocupación mostrada por el legislador tras la aparición de la contratación en masa o por adhesión. Riesgo que, evidentemente, se agudiza en relación con los contratos que recaen sobre bienes o servicios de primera necesidad, tanto por la naturaleza del objeto sobre el que recae (contratos de seguros, transporte, bancarios, comunicaciones...), como en cuanto a los posibles adherentes (generalmente consumidores) que carecen de los conocimientos jurídicos necesarios y que, por ello, necesitan de una especial protección. En definitiva tal y como apunta Raiser (vid. Raiser, L. Das Rect. Der Allgemeinen Geschiftsbindingungen, 1961) *"el empresario al fijar unilateralmente las reglas de contratación no sólo ha de atender a su legítimo provecho, sino a procurar un trato leal y equitativo con el consumidor, que en muy pocos casos reparará incluso en la lectura detallada del documento ante las nulas posibilidades de modificación como ha puesto de manifiesto la doctrina al referirse al consumidor "oit" (one in thousand)"*

En necesario reseñar que la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación prevé dos tipos de control, tendentes bien a evitar, con carácter previo, la utilización de condiciones generales que no reúnan unas mínimas garantías para el adherente (control "abstracto" o de incorporación); bien a revisar el contenido de cláusulas ya incorporadas a un contrato (control "concreto" o de contenido).

El control de incorporación pretende, no ya verificar la legalidad de las condiciones generales del contrato ya otorgado, sino proteger el propio acto de otorgamiento (más bien, de adhesión) mediante específicos controles de redacción de las cláusulas y de su propia accesibilidad, por ello se establece con carácter general, que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (artículo 5.5 LCGC), así como que no se incorporarán al contrato las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles (artículo 7.b LCGC), a salvo, respecto de estas últimas, cuando hayan sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que establezca en su ámbito expresas normas sobre transparencia. Dicho en otros términos, la aceptación por escrito únicamente convalida las cláusulas dictadas con arreglo a su normativa específica sobre transparencia contractual, pero no en cuanto a las ilegibles, oscuras, ambiguas o incomprensibles en sí mismas.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Como especialidad, la infracción de estas previsiones determina, no la aplicación de la regla general de interpretación "contra proferentem" del artículo 1288 del Código Civil, sino la falta de incorporación (de acceso) de la cláusula al contrato, como si nunca hubiese existido, lo que es objeto de pedimento en la presente litis; por ello, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha entendido de forma unánime, que la apreciación de la oscuridad, ambigüedad o incomprensibilidad de la cláusula queda reservada al intérprete (es decir, a los Tribunales) cuyo *"criterio ha de prevalecer, salvo que se alcance un resultado absurdo, arbitrario, ilógico o que infrinja preceptos legales"*. De otro lado, también con carácter previo, se debe garantizar el acceso del adherente a las condiciones generales, como única forma de salvaguardar la única autonomía de que goza éste, su "libertad de contratar". Por ello, tampoco se entienden incorporadas al contrato como condiciones generales aquellas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando esto sea necesario (artículo 7.a de la LCGC); afirmando que, no se entenderá que existe aceptación a la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y le haya facilitado un ejemplar por escrito de las mismas o bien, cuando el contrato no tenga que formalizarse por escrito (es decir, en aquellos en que el predisponente únicamente entrega un resguardo justificativo de la contraprestación recibida) se exige que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar donde deba otorgarse el contrato, que las inserte en la documentación del contrato o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido al tiempo de la celebración (artículo 5 de la LCGC), siendo esta una de las cuestiones que habremos de abordar en la presente resolución.

Vaya por delante que, en este sentido, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, da un paso más en la protección de los consumidores en los casos de contratación telefónica o electrónica, derogando el contenido del Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, así como el apartado 4 del artículo 5 de la Ley de 1998 por entender que *"estas disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se transpone"*. Estas reformas han supuesto un aumento notable de la protección de los consumidores al prohibir que la formalización de este tipo de contratos se haga de forma electrónica o telefónica, sin contar con la firma física del consumidor contratante. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE) y es que



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

no es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula, la imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente -véase sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 150.

La transparencia, respecto de los elementos esenciales, cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y la prestación que va obtener de la otra parte, o si se quiere la equivalencia de las prestaciones, siempre que el contrato se ejecute conforme a lo previsto, pero ha de precisarse que no hay control de equilibrio de prestación, sino de control de claridad para que le pueda ser imputado al adherente el conocimiento de las prestaciones que asumen las partes en el desenvolvimiento normal del contrato; esto puede conocerlo o no, pero le es imputable su conocimiento si la condición general o cláusula predispuesta que contiene la determinación de los elementos esenciales es transparente. Por tanto, la finalidad inherente a la transparencia respecto de los elementos esenciales es el de garantizar que el cliente conozca, o pueda conocer, la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y la prestación que va obtener de la otra parte, o si se quiere la equivalencia de las prestaciones, siempre que el contrato se ejecute conforme a lo previsto, no obstante no hay control de equilibrio de prestación, sino de control de claridad para que le pueda ser imputado al consumidor el conocimiento de las prestaciones que asumen las partes en el desenvolvimiento normal del contrato. Lo reiteramos por enésima vez, esto puede conocerlo o no, pero le es imputable su conocimiento si la condición general o cláusula predispuesta que contiene la determinación de los elementos esenciales es transparente. Los elementos esenciales en cuanto están exentos de control de contenido deben someterse a un control de consentimiento (inclusión, transparencia) y viceversa las demás condiciones generales o cláusulas predispuestas que no está sometido a controles de consentimiento suficientes, debe quedar sometido a especial control de contenido. En cuanto a los elementos esenciales, la buena fe exige transparencia sobre lo que típicamente provoca la decisión del consumidor y es que no se controla el equilibrio objetivo de las prestaciones de las partes pero sí la claridad de las mismas. Naturalmente, la falta de transparencia debe entrañar algún perjuicio para el consumidor, pero éste no ha de consistir en un desequilibrio económico objetivo entre las prestaciones, sino que basta que el contrato en su normal ejecución suponga para él una mayor carga económica respecto de la que razonablemente podría ser prevista, aunque esté justificada objetivamente; no obstante ha de matizarse que no cualquier cláusula que se refiera a los elementos esenciales queda excluida del control de contenido



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

así, están sometidas a control las cláusulas que contengan suplementos que supongan incrementos de precio por servicios o prestaciones accesorias, financiación, aplazamientos o recargos.

El art. 89.5 determina que son abusivas las respectivas cláusulas si esos suplementos o recargos no son susceptibles de ser aceptados o rechazados con la debida claridad o separación. Por tanto, si se establecen con claridad y la debida separación para que sean aceptados o rechazados de modo especial, no estarán sometidas a control las cláusulas que las contengan. La cuestión es si dicha cláusula es un elemento esencial del contrato y, al respecto, entendemos que no es un elemento esencial del contrato, como no lo son las cláusulas de interés moratorios etc, más bien es un elemento accidental, porque las partes que contratan servicios de telefonía no consideran tal elemento como determinante de su opción de contratar. En esta tesitura es perfectamente posible el control de contenido, cuyo examen se concreta en el art 8.4 habiendo de examinar si puede considerarse abusiva por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor. Pues bien, en torno a la cuestión planteada se formulan las siguientes consideraciones: El apartado 4 de este artículo 82 del TRLGDCU (al que se remite la LCGC) está referido a la denominada lista negra de cláusulas abusivas recogida en los artículos 85 a 90 del mismo, es decir aquellas cláusulas que en cualquier circunstancia son abusivas: "4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable."

Analizados los supuestos contenidos en la llamada lista negra, la única forma de calificar la cláusula como abusiva es por falta de reciprocidad. "Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: 1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos. 2. La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario. 3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad. 4. La posibilidad de que el



empresario se quede con cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato. 5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado. 6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados".

No es objeto de discusión la realidad de contratos tipo confeccionados por la entidad ahora demandada, y dentro de estas condiciones generales de la contratación, predispuestas, se encuentra la que es objeto de controversia en la que se estipula -véase 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*" cláusula que se aplica a todos los clientes, tanto en la modalidad postpago, como prepago, como a los no clientes. Sin duda, habremos de asentar que la doctrina admite las llamadas "cláusulas de referencia" -véase STS 07-09-2015- a la hora de incorporarla siempre y cuando, el que se adhiere, como ya apuntábamos ut supra, tenga la posibilidad real de conocer su contenido, pero esa referencia ha de ser precisa, sin que pase desapercibida. Es esencial centrarnos en lo concretado en la citada cláusula: en efecto, se precisa que, si el cliente quisiese desbloquear el terminal, debería seguir el procedimiento de desbloqueo "vigente en cada momento", esto es, prima facie, el adherente desconoce el procedimiento al que hubiere de adecuarse para el desbloqueo del terminal y lo desconoce, no tanto en el momento de formalizar la vinculación



contractual, aun cuando con las matizaciones que haremos, como en el momento en que tomase la decisión de desbloquear el terminal, ya sea una vez superado el periodo de permanencia, ya sea con anterioridad al transcurso de ese periodo de permanencia, con el preceptivo abono de la penalización, toda vez que desconoce cual es el procedimiento que existe en ese momento, en el que ha tomado la decisión de desbloquear, sin que se comparta por este juzgador, la justificación técnica aducida por la demandada por cuanto, al socaire de esta, se deja más desprotegida a la parte adherente que es desconocedor del condicionado y de sus posibles modificaciones, siquiera es desconocedor del proceso que se le aplicase en ese momento. En este sentido, hemos de tener presente lo dispuesto en la Directiva 93/2013 cuando precisa que el adherente ha de conocer las condiciones del contrato y sus consecuencias, incluidas las de referencia, en el momento de contratar en atención, precisamente, a la desigualdad o desequilibrio en la que se encuentran las partes, circunstancias estas que, lo reiteramos por enésima vez, no concurren en el caso que nos ocupa puesto que, como se ha indicado, el procedimiento para el desbloqueo es el que se concrete como vigente, en cada momento, lo que es decir tanto que su concreción queda al control y decisión unilateral de la parte que redacta las mismas el cual goza de una posición dominante; de hecho, se han variado, en un determinado momento, toda vez que se han modificado las partidas económicas requeridas para este desbloqueo, caso concreto que optase por la modalidad telefónica (de 6 euros hasta septiembre de 2013 y 8 euros a partir de esta fecha, alteración efectuada al albur de una modificación organizativa de la entidad al realizar esta actuación de desbloqueo a través de operadoras).

Dicho en otros términos hay "imposición" de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación toda vez que la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario, considerando a la misma como abusiva.

Es necesario hacer un somero análisis de la citada página web a la que nos hemos referido, habiendo de presumir y partir de la premisa que todos, absolutamente todos, los usuarios tengan la posibilidad real de acceso a la misma, premisa que es cuestionable, ab initio, toda vez que, aun cuando es una realidad evidente que el acceso telemático está muy generalizado y es comprendido y comprensible para la mayoría de usuarios, ello no puede llevarnos al aserto de predicar como algo inherente a todo adherente medio la utilización del mismo disponiendo de medios, capacidad y/o formación para su utilización; pues bien, en la misma se concreta que "*Puedes solicitar tu código de desbloqueo para liberar tu teléfono de dos maneras diferentes: 1. Gratuita: desde tu área privada Mi Vodafone 2. Por teléfono: llamando al 123 con un coste por*



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

gasto de gestión de 9,68 euros (IVA ya incluido). Si llamas desde un 607123000. 3. Si no eres cliente de Vodafone marca el 607100139" y, a continuación, concreta los pasos para solicitar el código de desbloqueo, siempre que se cumplimenten los requisitos exigidos al cliente para que se le facilite el código y que se estipulan en catorce páginas -véase doc. nº 4 de la contestación- en las que se incluye la concreción de los códigos; circunstancia esta que, al menos, lleva a poner en duda, en contra de lo mantenido por la parte, que sea un proceso sencillo para un usuario medio de un teléfono móvil; cierto es que se alega por la parte un importante volumen de usuarios que han utilizado esta vía gratuita pero ello no desvirtúa la mayor. A propósito de ello, se adjuntan a autos diferentes CDs con grabaciones de las consultas telefónicas para la realización del desbloqueo; grabaciones en las que se informa de la posibilidad de hacerlo de forma gratuita pero ello, a su vez, ha de colegirse con los expedientes tramitados en la OMIC en A Coruña en los que Vodafone, en respuesta al requerimiento efectuada por el órgano administrativo, en momento alguno se hace mención a la posibilidad de desbloqueo gratuito, bien al contrario, se hace mención a la no obligación de facilitar los códigos de desbloqueo de un terminal si bien, en aras a satisfacer a sus clientes se les pone a disposición los códigos simlock de desbloqueo con el consiguiente costo económico de 9,68 euros, circunstancia esta que, mal casa, con lo precitado, sin que sea de recibo la alegación efectuada en la vista por la demandada, en el sentido de desconocer que departamento ha aportado dicha información desmarcándose del mismo, toda vez que ello es un problema, en su caso, interno de la entidad que en modo alguno ha de repercutir en la validez y alcance procesal que haya de darse.

No obstante y, aun partiendo del argumento mantenido por la demandada, lo cierto es que para los, "no clientes", no existe alternativa gratuita y ello confronta absolutamente con la transparencia exigible a la mentada cláusula constatando, a posteriori, la necesidad de efectuar este pago para el desbloqueo del terminal caso concreto de concurrir en el mismo la no condición de cliente. No hemos de dejar pasar la oportunidad para destacar que, de la documentación adjuntada, la demandada utiliza el término "cliente activo y no activo" sin que se haya dado la más mínima explicación de estos conceptos, por cierto desconocidos por el propio director de marketing, y de si ello se corresponde o no, con el concepto cliente o no cliente, lo que genera, si cabe, una mayor ambigüedad que no redunde en beneficio del adherente.

CUARTO.- El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que *"la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"*. La interpretación a contrario sensu de la norma



transcrita significa que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible. En este sentido apunta el IC 2000, según el cual "[...] el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando nº 20) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)". Así pues, es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante, y, al respecto, es más que evidente que el hecho de tener que abonar una cantidad para ese desbloqueo (preceptivo, si no es cliente, y facultativo para el cliente, caso concreto que utilice la vía telefónica) es un hecho relevante para un adherente que haya concluido el periodo de permanencia y que actúe en el firme convencimiento que carece de cualquier penalización al margen del resultante de la permanencia (recuérdese que la declaración del Sr. Gálvez; a la sazón director de marketing de Vodafone desde septiembre de 2013; fue clarificadora al precisar que la justificación de este bloqueo era para garantizar la vinculación del cliente con la compañía, esto es, aun cuando se quiera dar otra justificación por la demandada, se trata de asegurar, por otra vía, la permanencia del cliente o, en su caso, articular un nuevo obstáculo para disuadir al cliente cesar en esa vinculación contractual) y ello ha de ponerse en colación con lo que afirma el IC 2000, cuando precisa que "el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa". En este sentido la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, apartado 49, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente "[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]", circunstancia esta que no acontece en el presente caso en el que, lo recordamos, ha existido un cambio de cuantificación del precio de este desbloqueo alegándose como causa de ello, sin que se haya articulado prueba al respecto, el cambio de asunción de esta



función a través de operadoras (Unisono Soluciones de Negocio SA) sin que existan cortapisas para articular cualquier otra justificación que permitiere dicha alteración creando, si cabe, un peligro potencial y real en cuanto al desequilibrio entre las partes, constando una verdadera falta de reciprocidad, lo que conlleva la nulidad de la citada cláusula.

En cuanto al alcance del pronunciamiento, el propio artículo 10 de la LCGC el que dispone " *la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo*".

La normativa de protección que ha diseñado la Directiva comunitaria 93/13, del Consejo, nos conduce a una nueva categoría de ineficacia, nueva y distinta de las categorías contempladas en el art. 1300 CC (nulidad de pleno derecho y anulabilidad). La nulidad parcial, como categoría original y distinta de la nulidad total o de la nulidad relativa, presenta notas características que ayudan a entender el régimen de protección diseñado por la Directiva 93/13, a saber:

En el caso de una cláusula abusiva, el negocio jurídico nace válido al tenor del art. 1.261 del CC , y si se declara la nulidad, no afecta al negocio jurídico que documenta el contrato, sino a una cláusula en concreto.

La ineficacia propugnada por el legislador comunitario es un supuesto de ineficacia funcional, pues la expulsión del negocio jurídico de una cláusula contractual obedece a la decidida voluntad del legislador comunitario de reestablecer el equilibrio negocial perdido por la contratación adhesiva o en masa. De esta forma, la "nulidad de pleno derecho" con que sanciona las cláusulas abusivas el artículo 83 del TRLGDCU " *las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas* "), no es propiamente una ineficacia estructural, sino una ineficacia funcional (SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 6 de marzo de 2014 y SAP Islas Baleares (Sección 5ª), de 31 de marzo de 2014). La nulidad a la que se refiere el art. 83 del TRLGDCU es una "nulidad parcial", dicho así de la nulidad que



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

pretende la expulsión del contrato de la cláusula abusiva sin que contamine esta declaración a todo el contrato.

La nulidad parcial proscribire la práctica denominada en la doctrina como "*reducción conservadora de la validez*" : la nulidad parcial, al perseguir el objetivo de proteger al consumidor e impone la expulsión de la cláusula contractual declarada nula por abusiva y la imposibilidad de llenar la laguna legal mediante una interpretación integradora del contrato. No obstante, la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Árpad Kásler/Jelzálogbank*) recuerda que "*en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional* "

QUINTO .- Entrando en las matizaciones efectuadas para con el suplico de la demanda rectora, precisamos que el petitum se reconduce a la acción principal de cesación a las que se vincula las accesorias concretadas que han de ser analizadas y matizadas.

Sabido es que la Ley admite el ejercicio de las llamadas acciones colectivas, de cesación, retractación y declarativa, por parte de determinadas entidades (asociaciones y corporaciones de empresarios y profesionales, así como las de consumidores y usuarios, Instituto Nacional de Consumo, entidades supranacionales o incluso el propio Ministerio Fiscal, cual es el caso). En concreto, la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado, predisponente, a eliminar las condiciones generales que deban reputarse nulas, así como a abstenerse de utilizarlas en un futuro, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de reputarse válido y eficaz (art 12.2 LCGC). A esta acción podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de las cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones afectadas por la sentencia, además de la reclamación por los daños y perjuicios sufridos. La acción se dirigirá contra cualquier profesional que utilice condiciones generales de la contratación que deban reputarse nulas (art 17.1. LCGC), en la presente litis contra la mercantil Vodafone, tal y como explicitamos en los expósitos que anteceden.

La acción de retractación (art 12.3 LCGC) tendrá por objeto la obtención de una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar condiciones generales que deban reputarse nulas y de abstenerse de seguir recomendando su utilización, pudiendo dirigirse frente a



cualquier profesional que recomiende públicamente la utilización de determinadas condiciones generales que se consideren nulas o manifieste de la misma manera su intención de utilizarlas en el tráfico, siempre que en alguna ocasión hayan sido utilizadas por algún predisponente (artículo 17.2 LCGC).



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

Por otra banda, ha de traerse a colación cuál es la finalidad y configuración de la acción de cesación, como la aquí enablada y que se concreta en un corolario de pronunciamientos judiciales de los que hemos de reseñar las siguientes:

La Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de enero de 2004, se refiere a las mismas señalando que "... Se trata de acciones que pretenden obtener una resolución judicial que ordene la cesación de una práctica prohibida o contraria a las concretas leyes que recogen la acción y la prohibición por parte de la autoridad judicial de que dicha práctica se repita en el futuro. Eventualmente, a pesar de que la conducta haya cesado en el momento de interponerse la demanda, puede pretenderse la prohibición de su realización siempre que existan indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. Por tanto, comparando preceptos que las regulan, pueden establecerse como notas características comunes a todas las acciones de cesación las siguientes; en primer lugar se dirigen contra conductas que se están realizando en el momento en el que se interpone la demanda o que respecto a las cuales existen serios indicios para temer su reiteración de modo inmediato; en segundo lugar no basta con que la conducta sea genéricamente perjudicial para los consumidores, sino que ha de contravenir la legislación que específicamente contempla la posibilidad de utilizar dicha acción ".

La Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2013 dispone que: " El control abstracto que pone en marcha la acción colectiva de cesación permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales ilícitas. Su utilidad se revela para detener comportamientos ilícitos, pero también para impedir el riesgo de repetición de los mismos. El ejercicio de la misma conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (control de legalidad, de incorporación y de abusividad de las mismas)...No debe perderse de vista, sin embargo, que la acción colectiva de cesación no sólo aspira a proyectar efectos para evitar una futura contratación con cláusulas ilícitas (efecto de prohibición) sino que también persigue impedir que se persista en la utilización de las mismas en contratos de pretérita suscripción que todavía tengan vigencia al tiempo de la demanda (efecto de abstención). La estimación de la acción de cesación no sólo entrañaría que el predisponente no pudiera incluir esa condición general en



futuros contratos (eliminación de la cláusula) sino que tampoco podrá invocarla para fundar ninguna pretensión jurídica en la fase de ejecución de los contratos anteriores que la incluyeran, pues no podrá seguir utilizándola (abstención de emplearla en lo sucesivo)... Ya que la vocación con la que se elaboran las condiciones generales es la de su continuada utilización en una pluralidad de contratos incumbe al profesional predisponente de las cláusulas el alegar y también probar que ya no existía peligro de continuación en la utilización de las que fueran objeto de la demanda al tiempo de interposición de la misma. De manera que sólo podría rechazarse la acción colectiva de cesación por extemporánea (tardía) si el profesional acreditase que, al referido momento procesal, ya se habría evaporado el riesgo de que pudiera continuarse con la aplicación del clausulado reputado como ilícito. El modo más adecuado de demostrarlo sería justificar que antes del inicio del proceso habría ya renunciado a la utilización del clausulado problemático y no sólo que hubiese dejado de incluirlo en los nuevos contratos sino que además hubiese comunicado de modo expreso a los adherentes a ese antiguo clausulado que ya no ejercería derecho alguno derivado del mismo, a partir de ese momento, en los contratos hasta entonces suscritos... "

La STS de 17 de junio de 2.010 señala que no existe óbice para estimar la acción de cesación en aquellos casos en que, como en el presente, la parte predisponente no hace uso de la condición predispuesta en el contrato de adhesión al tiempo de la presentación de la demanda, pero existe la posibilidad futura de utilización en nuevos productos que puedan surgir al mercado si no se hace un pronunciamiento expreso de eliminación y prohibición de uso, máxime cuando la demandada no manifiesta su compromiso de no uso, se opone a la acción y se limita a señalar que no ha seguido comercializando el producto en el que la estipulación se incorpora, en los términos que resultan de los contratos controvertidos.

Como ilustra la SAP Madrid, Sec. 28ª, de fecha 26.07.2013, en el Fundamento Jurídico Quinto, el control abstracto que pone en marcha la acción colectiva de cesación, en este caso la del artículo 12 de la LCGC, permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales ilícitas. El ejercicio de la misma conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (control de legalidad, de incorporación y de abusividad de las mismas), por lo que también cabe que el juez realice el pronunciamiento correspondiente al respecto.

Partiendo pues, a la luz de lo señalado, que son notas definitorias y comunes a las acciones de cesación ahora ejercitadas y sus efectos, bajo estos parámetros, hemos de valorar si la petición de la actora se atiene a tales presupuestos o si faltan tales presupuestos jurídico materiales. Pues bien, en este sentido, si hemos de dar la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

razón a la demandada en el sentido de que este pronunciamiento judicial no crea "doctrina jurisprudencial" lo que ha de conllevar que dicho aserto, correlacionado en el punto 5º del suplico del escrito rector, no haya de ser asumido, no obstante en todo lo restante, es un pedimento que se acomoda a lo concretado normativamente y que ha sido asumido doctrinalmente -véase resoluciones antedichas- a los efectos de depurar del tráfico mercantil y expulsar, dicha condición abusiva.

Cuestiona la parte, asimismo, el petitum encuadrado en el punto 7º al entender que la devolución de las cantidades cobradas a clientes de AIRTEL son ajenas a VODAFONE. No compartimos la mayor y es que si se ha producido una absorción para con los clientes, proveedores y distribuidores (adviértase que no se ha acreditado la existencia de alguna estipulación o previsión específica en contrario) la sociedad absorbente se subrogará en la misma posición jurídica que hasta el momento de realizarse la fusión tenía la absorbida con la asunción de las obligaciones que de las mismas puedan dimanarse, circunstancia esta que hace decaer las alegaciones efectuadas por la parte para con este petitum.

Se cuestiona, asimismo, las dificultades que conllevan la aplicación de los pedimentos 8º, 9º, 10º y 11º. Nuevamente, volvemos a discrepar con la parte y es que no hemos de obviar, como ya se expuso en otro pronunciamiento efectuado en estas actuaciones, que estamos hablando de una empresa puntera en el mundo de la tecnología lo que conllevará que tenga una plena capacidad para concretar, pese al volumen importantísimo de clientes y operaciones comerciales que tenga, el número de clientes afectados -véase, clientes que hayan hecho abono efectivo de las citadas cantidades- máxime cuando se trata de clientes que recibieron los terminales subvencionados, a los que afecta la cláusula declarada nula, en un impás temporal limitado lo que facilita, si cabe, el requerimiento que ha de cumplimentar la entidad. Este hecho queda corroborado por el propio actuar de la Cia. demandada que ha adjuntado un listado de clientes afectados concretando las partidas abonadas para efectuar el desbloqueo, muestra evidente de su capacidad. Por tanto, a estos clientes es a los que se ha de constreñir la devolución de las cantidades abonadas, las cuales han de verse incrementadas con los intereses legales incrementados en un 2%, en idénticos términos en los que se concertó contractualmente, y la restitución de los daños y perjuicios irrogados (gastos bancarios etc) en cuyo caso han de ser los propios usuarios los que han de acreditar dicho extremo, ya en fase de ejecución de sentencia.

En último término se cuestiona la cantidad interesada, en concepto de multa coercitiva, para el caso de incumplimiento del pronunciamiento judicial. Hemos de recordar que el legislador -ex art 711.2 LEC- precisa la posibilidad de



imponer una multa coercitiva que oscilará entre los seiscientos y setenta mil euros por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Para tanto, con esa finalidad de dar efectividad de los pronunciamientos de cesación de la sentencia, 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, sin que VODAFONE 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. La cantidad se estima proporcional en atención al volumen de negocio de la citada mercantil y ante las razones ya apuntadas, de capacidad técnica de la entidad para el cumplimiento del pronunciamiento judicial en el impás temporal estipulado.

Finalmente, la acción declarativa pretende obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda, en el registro de condiciones generales de la contratación (art 12.4 LCGC). En cualquier caso, el fallo de la sentencia dictada en ejercicio de una acción colectiva, una vez sea firme, deberá publicarse, junto con el texto de la cláusula afectada, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de los de mayor difusión de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia (art 21 de la LCGC).

SEXTO.- En cuanto a las costas, conforme -ex art 394 de la LEC- , no procede imponer las costas a ninguna de las partes, pues la complejidad jurídica inherente a las acciones colectivas que se han entablado en la demanda, así como el hecho de que se trata de una cuestión jurídica de índole interpretativa, conlleva la justificación de no efectuar un especial pronunciamiento en materia de costas procesales.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

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 xxxx, 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 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.

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.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

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.

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 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.

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

Notifíquese esta resolución a las partes.

Esta resolución no es firme. Contra la presente resolución cabe recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de A Coruña - Sección Cuarta- que deberá interponerse ante este Juzgado dentro de los veinte días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 458 y ss. De la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/200 de 7 de enero. Para la admisión del recurso, la parte recurrente habrá de acreditar documentalmente haber constituido, en el momento de su interposición, un depósito de 50 euros en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado.

Publicación: La anterior sentencia fue leída en audiencia pública por el Sr. Juez Sustituto que la suscribe en el mismo día de su fecha; doy fe.-



Lo anteriormente transcrito concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, extendiéndose el presente en A CORUÑA, a veintidós de noviembre de dos mil dieciséis.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA,

