



Roj: **STS 159/2017 - ECLI:ES:TS:2017:159**

Id Cendoj: **28079110012017100034**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2017**

Nº de Recurso: **1171/2014**

Nº de Resolución: **47/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP S 126/2014,**
STS 159/2017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 47/2017

Fecha de sentencia: 26/01/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1171/2014

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/12/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROV. DE SANTANDER

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

Resumen

Contratación con **consumidores** y usuarios. Contrato de telefonía. La cláusula insertada por Telefónica en las facturas de sus clientes de telefonía por las que comunicaba que a partir de un determinado momento el servicio de identificación de llamadas, que hasta ahora se prestaba de forma gratuita, pasaría a ser un servicio de pago, que costaría 0,58 euros, no suponía una simple modificación de las condiciones contractuales sino la contratación de un servicio nuevo. Esta cláusula es nula porque contradice lo previsto en los arts. 62.1 y 99.1 TRLSA, en la medida en que no queda constancia inequívoca de la voluntad de los clientes de contratar este nuevo servicio de pago.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1171/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

**Sentencia núm. 47/2017**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 26 de enero de 2017.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.ª, como consecuencia de autos de juicio verbal sobre acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los **consumidores** y usuarios seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander. Los recursos fueron interpuestos por la Compañía Telefónica de España S.A.U., representada por el procurador Manuel Lanchares Perlado, posteriormente sustituido por la procuradora por Gloria Teresa Robledo Machuca. Es parte el Ministerio Fiscal. Autos en los que ha sido parte Confederación de **Consumidores** y Vecinos de Cantabria, que no se ha personado ante esta sala.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO. Tramitación en primera instancia**

1. El Fiscal, al amparo del art. 11.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interpuso demanda de acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los **consumidores** y usuarios ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander, contra la Compañía Telefónica de España, S.A., para que se dictase sentencia:

«declare y condene a la entidad Compañía Telefónica de España S.A. en los siguientes términos:

»Declare: 1º.- La nulidad por abusiva de la/s cláusulas que imponen y cobran al usuario servicios no solicitados, no contratados y sobre los que no ha recibido información relevante, veraz y suficiente, de acuerdo con lo previsto en los arts. 60 ; 62 ; 89-4 y 100-1 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.

2º.- Si, conforme a la legislación de protección a los **consumidores** y usuarios, la declaración ha de sufrir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3º.- Los **consumidores** individualmente beneficiarios de la condena. En caso de no ser posible, que se establezcan los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella.

»Condene a la entidad Compañía Telefónica de España S.A.

1º.- A eliminar de los contratos la/s cláusula/s declaradas abusivas.

2º.- A devolver a los beneficiarios lo indebidamente cobrado, con sus intereses legales.

»La Compañía deberá abonar la cantidad resultante de multiplicar el número de cuotas indebidamente cobradas a cada cliente por la cantidad de 0,58 euros, en total de 19.72 euros (número de meses indebidamente cobrados X cantidad cobrada) + IVA + Intereses legales.

»Si en algún caso no pudiera determinarse la cantidad exacta, la Compañía abonaría una cantidad estimada ascendente a 30 euros.

3º.- Que respecto de los usuarios que continúen siendo clientes de la Compañía, la devolución se realice mediante compensación en los recibos siguientes hasta el límite de la cantidad adeuda.

4º.- Respecto de los usuarios que no continúen siendo clientes de la Compañía, se solicita que la devolución se produzca poniendo el montante de la devolución a disposición del Instituto Nacional de Consumo, a quien podrán dirigirse los beneficiados a efectos de que les sea reintegrada la cantidad que les corresponda.

En su caso, la cantidad no reclamada, deberá ser invertida en proyectos relativos a la protección de **consumidores** y usuarios.

5º.- A indemnizar de los daños y perjuicios causados.



6º.- Al pago de las costas y gastos del proceso.

7º.- A realizar una declaración rectificadora.

Acuerde.- 1º.- La publicación de la sentencia, a costa de la entidad demandada en (Boletines - Diarios, etc.)

2º.- La inscripción de la misma en el Registro de Cláusulas Abusivas».

2. La procuradora María del Carmen Mantilla Abascal, en representación de la entidad Telefónica de España, S.A.U., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«en la que: Primero: Se absuelva en la instancia a "Telefónica de España S.A.U." de conformidad con lo expuesto en la excepción procesal primera recogida en los fundamentos de derecho de este escrito de contestación a la demanda en aplicación de los arts. 416 y 425 LEC en relación con los arts. 11.2 y 15.2 LEC .

Segundo: Subsidiariamente se absuelva en la instancia a "Telefónica de España S.A.U." de conformidad con lo expuesto en la excepción procesal segunda recogida en los fundamentos de derecho de este escrito de contestación a la demanda por defecto legal en el modo de proponer la demanda en aplicación de los arts. 399 y 424 LEC .

Tercero: Subsidiariamente desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas a la demandante».

3. El procurador Federico Arguiñarena Martínez, en representación de la Confederación de **Consumidores** y Vecinos de Cantabria, presentó escrito en el que solicitaba se le tuviera por personado en el procedimiento en calidad de demandante. Por el Juzgado se dictó auto en el que se acordaba su intervención en la condición interesada.

4. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander dictó sentencia con fecha 17 de septiembre de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Desestimando la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal frente a Telefónica de España S.A. representado por la procuradora doña Carmen Mantilla Abascal, en el que ha actuado como demandante la Confederación 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. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, mediante sentencia de 12 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«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 de junio o 1 de octubre de 2008, finalizar la promoción de gratuidad del servicio de identificación de llamadas, pasando a tener un costo mensual de 0,58 euros. Condenando 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».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. La procuradora María del Carmen Mantilla Abascal, en representación de la Compañía Telefónica de España S.A.U., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 24 de la Constitución Española .

2º) Infracción del art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 62.1 y 99.1 del TRLGDCU, en relación con el art. 69 del RD 1736/1998, con el Anexo II de la LGTEL 2003 y con los arts. 64.g), 105 y 107 del RD 424/2005 .

2º) Infracción del art. 89.4 del TRLGDCU.



3º) Infracción de los arts. 62.1 y 99.1 del TRLGDCU en relación con la jurisprudencia sobre la validez del consentimiento prestado por medio de actos claros e inequívocos, sin necesidad de formalización concreta o específica de este consentimiento por escrito o medio equivalente.

4º) Infracción del art. 82.1 del TRLGDCU».

2. Por diligencia de ordenación de 22 de abril de 2014, la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la Compañía Telefónica de España S.A.U., representada por el procurador Manuel Lanchares Perlado, posteriormente sustituido por la procuradora por Gloria Teresa Robledo Machuca. Es parte el Ministerio Fiscal.

4. Esta sala dictó auto de fecha 18 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de "Telefónica de España, S.A.U." contra la Sentencia dictada, con fecha 12 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 17/2013, dimanante de los autos de juicio verbal número 208/2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander».

5. Dado traslado, el Fiscal presentó escrito por el que impugnaba los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de diciembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida:

i) En el año 1999, Telefónica de España S.A. (en adelante, Telefónica) procedió a prestar un servicio consistente en la identificación de la llamada entrante (en adelante SILL). Se trataba de un servicio accesorio, cuyas tarifa de alta y mensual fue publicada en el BOE de 22 de febrero 1999.

ii) Tras las correspondientes comunicaciones a las administraciones públicas, Telefónica eximió del pago de la cuota de alta y de las cuotas mensuales para el SILL, durante el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2000 y el 28 febrero de 2001, a los nuevos clientes que solicitasen el alta entre el 1 de septiembre de 2000 y 15 de enero 2001.

iii) El 16 de febrero de 2001, Telefónica realizó la comunicación debida a las administraciones públicas de que a partir del 3 de marzo 2001 eximía del pago de la cuota de alta y de las cuotas mensuales por el SILL a todos los clientes y con carácter indefinido. A partir de ese momento, Telefónica prestó este servicio de identificación de llamadas a todos los clientes de forma gratuita.

iv) Tras las pertinentes comunicaciones a las administraciones públicas, Telefónica, 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 coste mensual de 0,58 Euros. Y que este cobró se iniciaría el 10 de junio o 1 de octubre de 2008, según el cliente fuese titular de línea individual, línea básica o de línea dúo o trío. También incorporó a la factura donde se hacía la notificación una hoja con los derechos del usuario, la posibilidad de darse de baja de los servicios contratados y el modo de verificarlo, y facilitó un número de teléfono gratuito para mayor información.

2. El Ministerio Fiscal interpuso la demanda que dio inicio al presente procedimiento, en la que ejercitaba una acción de cesación, en defensa de intereses colectivos. En ella pedía en primer lugar que se declarara la nulidad de la cláusula por la que Telefónica imponía y cobraba al usuario el SILL, que no había sido solicitado ni contratado previamente, y sobre el que no había recibido información relevante, veraz y suficiente. Esta cláusula, que se contenía en la comunicación dirigida por Telefónica a sus clientes, es la siguiente:

«informamos que a partir de la fecha 10 junio (en otros casos, 1 octubre de 2008) finaliza la promoción de gratuidad del servicio de identificación de llamadas, pasando a cobrar por el servicio de identificación de llamadas 0.58 Euros».

Iniciado el procedimiento intervino como coadyuvante del demandante la Confederación de **Consumidores** y Vecinos de Cantabria (en adelante, Confederación).



3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda. Consideró que la cláusula controvertida «no tiene carácter abusivo, por obedecer a una modificación contractual en virtud de la cual la demandada pasó a facturar mensualmente una tarifa por un servicio adicional que prestaba a algunos usuarios hasta ese momento con carácter gratuito, haber cumplido las prescripciones administrativas para proceder al cambio de dichas condiciones y cese de la gratuidad, haber informado de manera suficiente a los clientes del cambio, de manera comprensible, haber ofrecido información adicional gratuita, haber informado de la posibilidad de cese en el servicio y haber efectuado una inmediata y posterior nueva comunicación recordando lo anterior».

4. La sentencia de primera instancia fue apelada por el Ministerio Fiscal. La Confederación no formuló recurso de apelación, sino que, al dársele traslado del recurso interpuesto por el fiscal, impugnó la sentencia.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. En su sentencia, centra la cuestión en torno a la determinación de «si estamos ante una nueva contratación o ante una simple modificación de las condiciones del contrato». El juzgado había entendido que se trataba de una simple modificación de las condiciones del contrato y que Telefónica había cumplido con su obligación de notificar las modificaciones y facultar al cliente para darse de baja, razón por la cual había desestimado la demanda. Y, por el contrario, la Audiencia entiende que se trata de una nueva contratación. En concreto razona:

«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.

[...]

»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 contrató 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 Audiencia concluye que la cláusula introducida por Telefónica en las facturas de sus clientes, en la que informaba de que a partir del 10 de junio de 2008 (o en otros casos del 1 de octubre) el servicio de identificación de llamada tenía un coste de 0,58 euros era nula.

5. Frente a la sentencia de apelación, Telefónica interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación, que se articula en cuatro motivos.

SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación de los motivos primero y segundo.* El *motivo primero* se formula al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 LEC , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso que ha ocasionado indefensión al recurrente. En concreto se denuncia lo siguiente:

«La sentencia recurrida ha introducido una cuestión nueva en la apelación, relativa a si la puesta a disposición gratuita a los usuarios de la Facilidad en el periodo comprendido entre marzo de 2001 y el año 2008 debía entenderse válidamente aceptada o consentida por los usuarios, y por ello, ha infringido la regla que prohíbe la introducción de cuestiones nuevas en la apelación (artículo 465.1 LEC)».

En el desarrollo del motivo se explica que la cuestión inicialmente planteada en la fase de alegaciones de primera instancia, que es la que fue objeto de resolución en primera instancia, era «si el cambio de las características de la Facilidad en el año 2008 (finalización de la gratuidad promocional y comienzo de la onerosidad por la prestación del SILL) fue debidamente comunicado a los usuarios y, en concreto, a si este cambio constituía una modificación de las condiciones contractuales del servicio de telefonía o, por el contrario, la contratación de un servicio nuevo». De modo que no fue objeto del proceso lo relativo a «si la



puesta a disposición gratuita a los usuarios de la Facilidad en el período comprendido entre marzo de 2001 y el año 2008 debía entenderse válidamente aceptada o consentida por los usuarios». Esta última cuestión fue introducida en la impugnación de Confederación y con ello cambiaba la cuestión controvertida fijada en primera instancia. La sentencia de apelación al entrar a valorar y juzgar esta cuestión nueva ha infringido, a juicio del recurrente, lo previsto en el art. 456.1 LEC, que prohíbe la introducción de cuestiones nuevas, lo que ha generado indefensión para Telefónica, en la medida en que, por haber quedado fuera del debate, ni pudo formular alegaciones al respecto ni tampoco practicar prueba alguna.

El *motivo segundo* se formula al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, que ha ocasionado indefensión al recurrente. Esta infracción se concreta en lo siguiente:

«La sentencia recurrida, al admitir la impugnación de Confederación y tenerla como parte apelada-impugnante, ha infringido el artículo 461 de la LEC, por cuanto el trámite de oposición e impugnación de esta norma sólo está previsto para la parte apelada que defiende intereses contrapuestos a los de quien interpone el recurso de apelación y que, por ello, no mostró inicialmente su disconformidad con la sentencia de primera instancia».

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación. Invertimos el orden de los motivos porque facilita la comprensión.

2. Desestimación del motivo segundo. Es cierto que la Confederación había intervenido durante la primera instancia como coadyuvante del demandante. En principio, al haber sido desestimadas todas las pretensiones de la demanda, para impugnar la sentencia debía haber presentado recurso de apelación, como sí hizo el Ministerio Fiscal. La Confederación dejó transcurrir el plazo legal para apelar sin formular su recurso.

Aunque como cualquier otra parte, debía recibir traslado del recurso y podía formular sus alegaciones al respecto, propiamente, al no ser parte recurrida, la Confederación no estaba legitimada para impugnar la sentencia. De tal forma que no debía haberse admitido la impugnación, en cuanto tal. Pero el hecho de que no se hubiera inadmitido formalmente la impugnación no justifica la nulidad de lo actuado, pues esta circunstancia a la postre no ha tenido relevancia en la medida en que la Audiencia tan sólo ha analizado la apelación del Ministerio Fiscal y no se ha pronunciado sobre la impugnación de la Confederación. Por esta razón procede la desestimación del motivo segundo.

3. Desestimación del motivo primero. El hecho de que la Confederación careciera de legitimación para impugnar la sentencia una vez había precluido el plazo para recurrir en apelación, no excluye que pudiera formular alegaciones en relación con el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal cuando se le dio traslado del mismo.

De este modo, estas alegaciones, en este caso a favor de la apelación de la sentencia de primera instancia, podían ser tenidas en cuenta siempre y cuando no alteraran el objeto del proceso, conforme a lo previsto en el art. 465.5 LEC. Según este precepto, «el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461».

Como refleja la propia sentencia de primera instancia, era objeto de controversia si la cláusula controvertida, que era la que se insertaba en las facturas de Telefónica a partir de 2008 [«Les informamos que a partir de la fecha de 10 de junio (o 1 de octubre de 2008) finaliza la promoción de gratuidad del servicio de identificación de llamadas, pasando a igualarse a la promoción de 0,58 € al mes. Si desea ampliación de la información le atenderemos gratuitamente en el teléfono 1004»], era abusiva y por ello nula, en función, entre otras razones, de si constituía una nueva contratación del servicio o se trataba de una simple modificación de las condiciones de lo ya contratado.

Esta cuestión fue resuelta por la sentencia de primera instancia en el sentido de entender que la cláusula obedecía «a una modificación contractual en virtud de la cual la demandada pasó a facturar mensualmente una tarifa por un servicio que prestaba a algunos usuarios hasta ese momento de forma gratuita», y que se habían cumplido las prescripciones administrativas para el cambio de las condiciones y el cese de la gratuidad.

En su recurso de apelación, el Ministerio Fiscal expresamente impugna la valoración realizada por la sentencia de primera instancia de que se trataba de una simple modificación de las condiciones de lo ya contratado. Expresamente se muestra en desacuerdo con la valoración de la magistrada mercantil de que no estábamos ante un servicio no contratado, sino ante un servicio del que venían haciendo uso y disfrutando los **consumidores** de forma gratuita hasta una fecha concreta por haber acordado Telefónica una exención de la cuota y que a partir de determinadas fechas empieza a ser cobrado. El Ministerio Fiscal, en su recurso, expresamente discrepa de esta interpretación.

La sentencia de apelación acoge la tesis del recurso, en cuanto que entiende que en este caso ha existido una nueva contratación de un servicio, sin perjuicio de que se prestara gratuitamente desde hace muchos años. Y para reforzarlo advierte que no consta acreditado que los usuarios de Telefónica en el año 2008, a quienes se les quiere cobrar el SILL a partir de entonces, hubieran consentido expresamente su contratación cuando se dieron de alta con Telefónica. Esta argumentación no altera el objeto del debate, porque está en consonancia con la causa de pedir invocada en primera instancia y con la contradicción mostrada por el recurso de apelación con la conclusión que al respecto había llegado la sentencia de primera instancia.

TERCERO. *Recurso de casación*

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción «de los artículos 62.1 y 99.1 del TRLGDCU, en relación con el artículo 69 del RD 1736/1998, con el anexo II de la LGTEL 2003, y los artículos 64.g), 105 y 107 del RD 424/2005, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de protección de **consumidores** y usuarios».

En el desarrollo del motivo se razona que el SILL se había configurado en todo momento como una «facilidad» o prestación «suplementaria» que se integraba en el servicio de telefonía contratado por los usuarios de Telefónica desde el año 1999. De modo que en el año 2008 no se produce una nueva contratación del servicio que ya se prestaba, sino una mera modificación de las condiciones en que se prestaba esta «facilidad», para lo que además se cumplieron todos los requisitos previstos en los arts. 107 y 105.2 del Reglamento de Comunicaciones Telefónicas de 2005.

En este sentido, el recurso remarca que la eventual vulneración de las normas contenidas en la Ley General de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, y en concreto los arts. 62.1 y 99.1, debe analizarse en relación con la normativa de telecomunicaciones.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo primero. La sentencia recurrida declara nula, por ser abusiva, la cláusula controvertida, insertada en las facturas de Telefónica a partir de 2008:

«Les informamos que a partir de la fecha de 10 de junio (o 1 de octubre de 2008) finaliza la promoción de gratuidad del servicio de identificación de llamadas, pasando a igualarse a la promoción de 0,58 € al mes. Si desea ampliación de la información le atenderemos gratuitamente en el teléfono 1004».

La razón o justificación de la nulidad radica en la contravención de los arts. 62.1 y 99.1 TRLGDCU, según la redacción vigente en aquel momento, que es la aplicable al caso.

El art. 62.1 TRLGDCU prescribía lo siguiente:

«En la contratación con **consumidores** y usuarios debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato».

Y el art. 99.1 TRLGDCU lo siguiente:

«En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta».

Lógicamente, como razona la propia sentencia recurrida, para que pueda apreciarse esta contravención legal, es necesario que Telefónica por medio de la reseñada cláusula pretendiera la contratación de un nuevo servicio, y no una modificación de las condiciones de lo ya contratado, que está sujeto a un régimen propio.

Bajo la razón lógica que subyace al motivo de casación, la eventual infracción de estos preceptos legales (arts. 62.1 y 99.1 TRLGDCU) se apoya en el error que el tribunal de instancia hubiera podido cometer al haber entendido que la cláusula controvertida implicaba la contratación de un nuevo servicio, sujeto a un régimen de aceptación en el que debía aparecer de forma inequívoca el consentimiento del usuario, sin que pudiera presumirse la aceptación de la falta de respuesta a la oferta recibida.

3. Es cierto que existe una regulación específica, legal y reglamentaria, de la prestación de los servicios de telefonía, en el marco de la cual debía enjuiciarse la cuestión controvertida.

Esta normativa permite conceptuar el servicio de identificación de llamadas (SILL) como una facilidad accesoria o suplementaria del servicio de telefonía, y explica su aparición.

Este servicio se configuró dentro de los «servicios avanzados de telefonía» en el RD 1736/1998, de 31 de julio, que aprobó el Reglamento que desarrollaba el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones.



En el marco de la regulación de cómo debía compaginarse este servicio con las normas sobre protección de datos y la prestación de este servicio, el art. 69.2 lo definía con estos términos:

«A los efectos de este Reglamento, se entenderá por facilidad de identificación de la línea llamante la prestación que permite que el usuario que recibe una llamada, obtenga la información del número telefónico de la línea desde donde se origina esa comunicación y por facilidad de identificación de la línea conectada la prestación que permite que el usuario que origina la llamada, obtenga información del número telefónico de la línea a la que ha sido conectada su llamada».

Como reconoce la propia Telefónica, este era un servicio que debían ofrecer las compañías de telefonía, sin perjuicio de las normas que permitían la supresión en origen o en destino de esta identificación de llamadas. Así se desprendía el Anexo I de la Orden del Ministerio de Administraciones Públicas de 22 de septiembre de 1998, que establecía el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que debían cumplirse por sus titulares:

«Los operadores dominantes que presten servicio telefónico fijo disponible al público deberán suministrar las siguientes facilidades suplementarias: identificación de la línea llamante, marcación directa de extensiones, restricción selectiva de llamadas previa solicitud del abonado, marcación por tonos y reenvío de llamadas, en los términos de lo establecido en el Reglamento de Obligaciones de Servicio Público».

Ha quedado acreditado en los autos que al principio, en el periodo comprendido entre febrero de 1999 y marzo de 2001, Telefónica prestó este servicio de forma onerosa, al cobrar unas tarifas que habían sido aprobadas por la autoridad administrativa.

Fue a partir de marzo de 2001, cuando ofertó la prestación de este servicio de forma gratuita, y dejó de cobrar por ello.

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, menciona este servicio en el originario apartado 30 de su anexo II, y el Reglamento de Telecomunicaciones que desarrolló esta Ley (Real Decreto 424/2005, de 15 de abril), lo regula con mayor detalle. En el art. 64.g) define qué se entiende por este servicio, y al hacerlo, lo configura como una facilidad accesoria al servicio de telefonía:

«Facilidad de identificación de la línea de origen: la prestación que permite que el usuario que recibe una llamada, obtenga la información del número telefónico de la línea desde donde se origina esa comunicación».

Y los arts. 71 y ss. regulan la protección de los datos personales en la prestación de este servicio. En concreto, el art. 71 mencionado en la formulación del motivo prevé lo siguiente:

»1. Lo establecido en este capítulo será de aplicación a los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público con las facilidades de identificación de la línea de origen e identificación de la línea conectada.

»2. Los operadores citados en el apartado 1 informarán individualmente a cada uno de sus abonados, con 15 días de antelación al inicio de la prestación de las facilidades de identificación de la línea de origen y de la línea conectada, de las características de dichas facilidades. En particular, en la información dirigida a los abonados que hubieran decidido no aparecer en las guías, poniéndose de manifiesto la especial situación del abonado, deberá detallarse el modo en que la utilización de las mencionadas facilidades puede afectar a la protección de su intimidad y a su derecho a la protección de sus datos de carácter personal.

»Los operadores deberán someter la comunicación que vayan a utilizar para informar a los abonados a informe de la Agencia Española de Protección de Datos.

»Los operadores ofrecerán a los abonados un servicio de atención rápido y gratuito para que puedan realizar consultas sobre el funcionamiento de estas facilidades y para que comuniquen, en su caso, la configuración y opciones elegidas para éstas.

»Los operadores que vayan a prestar las facilidades de identificación de la línea de origen o de la línea conectada deberán remitir al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y a la Agencia Española de Protección de Datos, con carácter previo a la prestación de estas facilidades, un documento que recoja las características y los procedimientos empleados para garantizar el cumplimiento de lo establecido en este reglamento sobre dichas facilidades. Asimismo, los operadores tendrán obligación de comunicar, de manera previa a su aplicación, las posteriores variaciones de las características de sus ofertas».

Las exigencias contenidas en este apartado 2 del art. 71, resultaban de aplicación también a los casos en que se estuvieran prestando ya estos servicios de identificación de llamadas, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria novena, apartado 1:



«Los operadores que, en el momento de entrada en vigor de este reglamento, se encuentren prestando las facilidades de identificación de la línea de origen y de la línea conectada, deberán cumplir lo previsto en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 71 y en el último párrafo de dicho artículo en el plazo de un mes desde dicha entrada en vigor».

Este Reglamento dedica el título IV a la regulación de los derechos de los **consumidores**. El apartado 1 del art. 105 recuerda que al contrato de acceso a la red de telefonía pública, «le será de aplicación la normativa general sobre protección de los **consumidores** y usuarios»; y el apartado 2 enumera el contenido mínimo que debe aparecer en el contrato, entre el que se encuentra en la letra e):

«Precios y otras condiciones económicas de los servicios. Esta información comprenderá los datos relativos a los precios y tarifas que se aplican y las modalidades de obtención de información actualizada sobre las tarifas aplicables».

El art. 107 prevé que «cualquier propuesta de modificación de las condiciones contractuales, incluidas las mencionadas en el artículo 105.2, deberá ser comunicada al abonado con una antelación mínima de un mes, en la que se informará, al mismo tiempo, del derecho del abonado a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna en caso de no aceptación de las nuevas condiciones».

4. Si nos halláramos ante un cambio de tarifas de este servicio, en cuanto que hasta entonces se cobraba un precio y se pretendiera incrementar, no habría duda de que nos encontraríamos ante un servicio ya contratado, cuyas condiciones eran objeto de modificación o cambio, y por ello estaba sujeto al régimen normativo que acabamos de exponer de modificación de las condiciones contractuales.

El problema radica en la gratuidad del servicio y en que no quedara constancia de que este servicio adicional, como tal, hubiera sido contratado previamente, pese a que se prestaba por la compañía telefónica. Pues de otro modo, fácilmente se ofertarían servicios gratuitos, no demandados por el usuario, que más tarde, mediante el ardid de un cambio de modificaciones, se convertirían en servicios de pago, sin que el usuario hubiera prestado su consentimiento a la contratación del servicio o facilidad accesoria. Dicho de otro modo, no debemos admitir la posibilidad de cobrar a un usuario de telefonía un servicio accesorio que no consta que hubiera sido aceptado de forma inequívoca.

En consecuencia, al ratificar la apreciación llevaba a cabo por el tribunal de apelación de que la cláusula insertada por Telefónica en las facturas de sus clientes de telefonía por las que comunicaba que el SILL pasaría a ser un servicio de pago, que costaría 0,58 euros, no suponía una simple modificación de las condiciones contractuales sino la contratación de un servicio nuevo, rechazamos que haya existido la infracción de los arts. 62.1 y 99.1 TRLSA, según se exponía en el motivo primero de casación.

5. Formulación del motivo segundo. El motivo denuncia «la infracción por la sentencia impugnada (...) del artículo 89.4 del TRLGDCU, en los términos en los que este precepto legal debe ser interpretado y aplicado de acuerdo con la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo (sentencia del Tribunal Supremo núm. 241/2013)».

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia de apelación considera abusiva la cláusula cuestionada porque supone la imposición de un servicio oneroso no solicitado, sin que se cumplan los requisitos establecidos por la jurisprudencia, en concreto en la sentencia de pleno núm. 241/2013.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

6. Desestimación del motivo segundo. Más allá de la expresión vertida en la sentencia de apelación, de que aquella cláusula controvertida «supone la imposición de un servicio oneroso no solicitado», la razón por la que es declarada nula y abusiva no se halla en la infracción del art. 89.4 TRLGDCU («la imposición al **consumidor** y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados»), sino en los reseñados arts. 62.1 y 99.1 TRLGDCU (al no constar la voluntad inequívoca de los usuarios de contratar este servicio oneroso de identificación de llamadas), razón por la cual resulta irrelevante la disquisición planteada en el motivo.

7. Formulación del motivo tercero. El motivo denuncia «la infracción por la sentencia impugnada (...) de los artículos 62.1 y 99.1 del TRLGDCU en relación con la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la validez del consentimiento prestado por medio de actos claros e inequívocos, sin necesidad de formalización concreta o específica de este consentimiento por escrito o medio equivalente, especialmente en el marco de una previa relación contractual de tracto sucesivo de duración indeterminada».

En el desarrollo del motivo se razona que Telefónica ha seguido el cauce normativo idóneo para informar de forma clara y transparente a los usuarios del cambio de las condiciones en la prestación de la facilidad y para verificar la aceptación o consentimiento de los usuarios respecto de este cambio.



La exigencia contenida en el art. 62.1 TRLGDCU de que el consentimiento para contratar sea prestado de forma inequívoca no significa que necesariamente haya de ser expreso, pues también cabe dar validez y eficacia al consentimiento o aceptación prestados por medio de actos concluyentes, claros e inequívocos, sin necesidad de su formalización concreta o específica. Y que la falta de respuesta a una oferta no deba equipararse a aceptación, requiere algunas matizaciones, sobre todo cuando se trata de contratos de tracto sucesivo.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

8. Desestimación del motivo tercero . Es cierto que el art. 62.1 TRLGDCU lo que prohíbe en la contratación con **consumidores** y usuarios es que no quede constancia de forma inequívoca de su voluntad de contratar, lo que no necesariamente se ha de traducir en que en todo caso el consentimiento deba prestarse por escrito en un documento.

La Audiencia no contradice esta interpretación en su sentencia. Si aprecia la nulidad de la cláusula contractual referida al cobro del SILL es porque considera que se trata de una contratación de un servicio nuevo, y no una modificación de las condiciones ya existentes. Telefónica ha seguido el sistema previsto para la modificación de condiciones, en el que no se deja constancia inequívoca del consentimiento de los **consumidores** titulares de las líneas afectadas, sino simplemente se introduce en las facturas la cláusula que avisa de que a partir de una fecha pasará a cobrarse este servicio SILL, y que el cliente puede renunciar al servicio. De aquí no cabe deducir inequívocamente el consentimiento del cliente. Por esta razón, la Audiencia, con acierto, declara la nulidad de la cláusula.

9. Formulación del motivo cuarto . El motivo denuncia la infracción del art. 82.1 TRLGDCU. En el desarrollo del motivo se añade que en la declaración de abusividad de una cláusula en virtud de lo previsto en los arts. 82 y ss. TRLGDCU, deben cumplirse los elementos que componen la cláusula general prevista en el art. 82.1, a saber, la contravención de las exigencias de la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. Según el recurrente, la actuación desplegada por Telefónica en relación con la modificación de las condiciones económicas de la facilidad (SILL) se atuvo a las exigencias de la buena fe. Y añade que en ningún caso determinó un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

10. Desestimación del motivo cuarto . La cláusula no ha sido declarada nula porque fuera abusiva en atención a su contenido, de acuerdo con lo previsto en los arts. 82 y ss. TRLGDCU, sino porque supone la contratación de un nuevo servicio oneroso sin que quede constancia inequívoca del consentimiento de los clientes a los que se pasaría a continuación a cobrar el servicio. Por esta razón resulta irrelevante la cuestión suscitada en el motivo sobre el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la cláusula general del art 82.1 TRLGDCU para que pueda declararse abusiva la cláusula.

CUARTO. Costas

Desestimados el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, procede imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente (art. 398.1 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Telefónica de España S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 12 de marzo de 2014 (rollo 17/2013), que conoció de la apelación formulada contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander de 17 de septiembre de 2012 (juicio verbal 208/2011), con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

2.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 12 de marzo de 2014 (rollo 17/2013), con expresa condena en costas al recurrente.

Con pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.