

SE ACABÓ EL CONSEGUIR MÓVILES GRATIS, PERO AQUELLOS QUE LO HICIERON NO TIENEN QUE PAGAR POR LIBERARLO¹

Sentencia nº 256/2016 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, de 22 de noviembre del 2016

Lourdes García Montoro

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Las ofertas de "móvil por puntos" o terminales gratuitos que solían hacer los operadores de telecomunicaciones para atraer nuevos clientes son ya un vago recuerdo. Hace algo más de dos años que las compañías de telecomunicaciones cambiaron esta estrategia comercial por otra más rentable: la venta de terminales financiados y asociados a la propia línea telefónica del cliente.

Pero si nos remontamos a aquellos tiempos de bonanza, la entrega a precio cero de un nuevo terminal estaba sujeta a una serie de condiciones, por un lado, al cumplimiento de un compromiso de permanencia con la compañía en cuestión y, por otro, al uso del terminal exclusivamente para el disfrute de los servicios prestados por dicha compañía.

Es decir, si el cliente realizaba una portabilidad a otra compañía no podría seguir usando el terminal a no ser que solicitase a su compañía de origen la liberación del mismo, para lo cual, en función del caso, debía abonar un precio determinado. Esta circunstancia estaba recogida en las condiciones generales de la contratación de los servicios de telecomunicaciones, sin embargo, es cuestionable que los clientes que las suscribían tuvieran efectivo conocimiento de la existencia de una cláusula de esta índole que, por otro lado, podría resultar abusiva.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Juzgado de lo mercantil nº 1 de A Coruña en sentencia nº 256/2016, de 22 de noviembre de 2016, cuyos aspectos más destacables procedemos a analizar.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto Convenio de colaboración entre la UCLM y el Ilustre Colegio Notarial De Castilla-La Mancha (17 enero 2014) (OBSV) con referencia CONV140025, que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

1. Ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses de los consumidores

El procedimiento seguido contra Vodafone cuyo análisis da lugar a este documento surge como consecuencia del ejercicio de una acción de cesación, devolución de cantidades cobradas e indemnización de daños y perjuicios instada por el Ministerio Fiscal en defensa de los derechos supraindividuales, a la que se sumó la asociación de consumidores y usuarios ADICAE en defensa de los intereses de sus asociados y de los intereses generales colectivos de los consumidores afectados. Además, el Juzgado permitió la intervención como demandantes de varios consumidores afectados por la aplicación de la cláusula litigiosa, en virtud de la legitimación que les confiere el artículo 13 LEC. Sin embargo, ello no faculta a los particulares para formular la acción individual de nulidad de condiciones generales al amparo del artículo 9 LCGC, acción que únicamente será resuelta en cuanto al demandante inicial.

Con el ejercicio de la acción de cesación se pretende 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, aclarando el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz, de conformidad con lo previsto en los artículos 12.2 de la LCGC y 53 del TRLGDCU. A ello se añade la posibilidad de que a la acción de cesación se acumulen, tal y como ocurre en el caso, la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de condiciones generales declaradas abusivas, así como la indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas, acciones acumuladas accesorias de las que conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal de cesación.

El *petitum* principal consiste en el ejercicio de la acción de cesación de la cláusula "desbloqueo de terminales". El Ministerio Fiscal, tal y como lo contempla el artículo 11.5 LEC, está legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. Además, el artículo 11.2 LEC contempla la posibilidad de que *"cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa y protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados"*. La legitimación del Ministerio Fiscal y de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de la acción de cesación está igualmente prevista en el artículo 54 del TRLGDCU.

La demandada, por su parte, pretendió basar parte de su defensa en la imposibilidad de determinar el colectivo de afectados por la cláusula referida a la liberación de móviles. Sin embargo, el juzgador consideró que el colectivo de usuarios perjudicados por la cláusula litigiosa es fácilmente determinable, pues

la demandada es una compañía de telecomunicaciones puntera en el mundo de la tecnología, que dispone de los medios necesarios para poder concretar, pese al gran volumen de clientes y operaciones que tiene, el número de clientes afectados. De hecho, la propia demandada facilitó un listado de los clientes que habían abonado la tarifa exigida para la liberación de terminales, en el que se determinaba la cantidad abonada por cada uno de ellos, lo que basta para rechazar la oposición de la demandada y para presumir que cuenta con capacidad suficiente para identificar a todos los que pudieron verse perjudicados por la aplicación de la cláusula.

El artículo 11 de la LEC diferencia entre el ejercicio de acciones que pretenden la tutela de intereses colectivos de un grupo de consumidores determinado, y la defensa de los intereses difusos de una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminados o de difícil determinación. En este segundo supuesto, el apartado 3 del artículo 11 de la LEC tan sólo reconoce legitimación para el ejercicio de acciones que persigan dicha tutela² a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas. En particular, se consideran asociaciones de consumidores y usuarios representativas aquellas organizaciones integradas en el Consejo de consumidores y usuarios, tal y como se contempla en el artículo 38.1 del TRLGDCU, y entre las cuales se encuentra ADICAE³. Es decir, que de haber aceptado el Juzgado la alegación de Vodafone en relación a la imposibilidad de determinar el colectivo de consumidores afectados, lo que no es el caso, tanto el Ministerio Fiscal como ADICAE seguirían estando legitimados para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses difusos de los consumidores, si bien el éxito de la pretensión en estas circunstancias podría haber sido distinto al que se ha alcanzado.

2. ¿Carencia sobrevenida de objeto del proceso?

La demandada se opone a la acción de cesación instada colectivamente argumentando que la cláusula litigiosa tuvo una vigencia desde finales de 2012 hasta verano de 2014, con lo que entiende que carece de objeto la petición de cesación de una cláusula inexistente, aduciendo carencia sobrevenida de objeto del planteamiento realizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 LEC.

En contraposición al planteamiento de Vodafone, entiende el juzgador de instancia que, aun cuando la cláusula no se incluye en los contratos de servicios de telecomunicaciones celebrados por la demandada a partir del verano de 2014, se sigue aplicando a los terminales que fueron entregados gratuitamente al usuario antes de esta fecha, sean o no clientes de Vodafone en la actualidad. Lo que se pretende no es la prohibición de cara al futuro de la cláusula controvertida,

² Además del Ministerio Fiscal, legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.5 LEC.

³ <http://www.consumo-ccu.es/representacion/organizaciones.asp>

sino que se cese en la aplicación de la misma en relación con los contratos ya celebrados y que todavía no han efectuado el abono para el desbloqueo del terminal. Recurre el juzgador a la jurisprudencia⁴ para argumentar su postura, y aduce que *“la acción colectiva de cesación sólo podría rechazarse por extemporánea si el profesional acreditase que ya se habría evaporado el riesgo de que pudiera continuarse con la aplicación del clausulado reputado ilícito”*, lo que, como se acaba de comprobar, no concurre en el caso objeto de enjuiciamiento en la medida en que siguen existiendo situaciones en las que resulta de aplicación la cláusula controvertida, respecto de aquellos clientes que aún no hubiesen solicitado la liberación del terminal entregado gratuitamente.

3. La contratación en masa: condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas

La contratación de suministros básicos y otros contratos de tracto sucesivo como los celebrados para la prestación de servicios de telecomunicaciones suelen caracterizarse por dirigirse a un número indeterminado de consumidores, se trata de la conocida como “contratación en masa”. El ingente número de consumidores que pueden ser destinatarios de servicios de este tipo – en la actualidad, casi la totalidad de los ciudadanos españoles⁵ son titulares de al menos un contrato de servicios de telecomunicaciones – determina la imposibilidad de que el empresario negocie con cada uno de ellos individualmente, razón por la cual se establecen unas condiciones generales – y particulares – de la contratación aplicables a todos los clientes finales.

En el caso juzgado en la decisión objeto de análisis, la cláusula litigiosa referida a la “liberación de terminales” posee las características necesarias para poder ser considerada una condición general de la contratación. Se trata de una cláusula no negociada individualmente con el consumidor, sino predispuesta por el empresario para ser incorporada a una pluralidad de contratos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 7/1998, de condiciones generales de la contratación. Aun pudiendo existir cláusulas negociadas individualmente en el conglomerado de condiciones generales que forman parte del contrato, ello no excluirá la aplicación de la LCGC al resto del contrato, tal y como lo expone el juzgador de instancia, *“si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.”*

En los contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad del consumidor a la hora de contratar se ve restringida, pues su margen de decisión se limita a la aceptación de las condiciones predispuestas por el empresario o al rechazo a

⁴ Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de julio de 2013.

⁵ El Informe anual 2016 de la CNMC aporta los siguientes datos referidos a comunicaciones móviles: *“La penetración de la telefonía móvil aumentó ligeramente hasta las 109,9 líneas/100 habitantes, mientras que la del servicio de banda ancha móvil subió 5 puntos porcentuales hasta las 84 líneas/100 habitantes”*; http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf_anual.jsp

contratar. La posibilidad de contratar con un prestador de servicios distinto no es una alternativa real que permita afirmar que el consumidor sigue disponiendo de libertad contractual, pues tampoco con otra compañía de telecomunicaciones podrá negociar las condiciones de prestación del servicio, que guardarán gran similitud con las predispuestas por sus competidores directos.

Pero la calificación de una cláusula como condición general de la contratación no presupone su abusividad, sino que la propia LCGC expone en su Preámbulo 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”*.

Para excluir el control de abusividad no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe referido a las “condiciones particulares” o menciones que confirmen su carácter negociado, ni con afirmar que la cláusula fue negociada individualmente. Es preciso que el profesional explique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente, y que se pruebe la existencia de tal negociación.

4. Control de incorporación y control de contenido de las de condiciones generales de la contratación: el principio de transparencia

Hemos podido comprobar en el epígrafe precedente que la cláusula de liberación de móviles incorporada por Vodafone a sus contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones es una condición general de la contratación, en el sentido del artículo 1 LCGC, y que se trata de una cláusula no negociada individualmente con el consumidor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del TRLGDCU. En esta tesitura, la ley impone determinadas exigencias para la integración del contrato en el sentido del artículo 1262 CC, en particular, se refiere la LCGC al control abstracto o de incorporación y al control concreto o de contenido.

Para superar el control de incorporación será necesario que las cláusulas generales se ajusten a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, tal y como se recoge en el artículo 5.5 LCGC. A ello se añaden los requisitos del artículo 7.b de la misma norma, que impide que se incorporen al contrato las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. Por otro lado, de forma previa a la celebración del contrato se debe garantizar el acceso del adherente a las condiciones generales, de forma que se le conceda la posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido. No se entenderán incorporadas al contrato como condiciones generales aquellas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de celebración del mismo. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 80 TRLGDCU, al exigir que las

cláusulas no negociadas individualmente reúnan los requisitos de concreción, claridad y sencillez, con posibilidad de comprensión directa sin reenvío a otros documentos, garantizando la accesibilidad y legibilidad de tales cláusulas *“de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.”*

A pesar de que los requisitos de incorporación de condiciones generales a contratos con consumidores tiene por objetivo facilitar el conocimiento y comprensión de las cláusulas por sus destinatarios, la redacción de los preceptos que deberían perseguir esta finalidad parece, cuanto menos, ambigua y redundante pues, como ya indicase CARRASCO PERERA⁶, las exigencias de los artículos 7.b LCGC en relación a la ilegibilidad, ambigüedad, oscuridad y comprensibilidad, del artículo 5.5 LCGC referidas a la transparencia, concreción y sencillez de las cláusulas, y la claridad requerida por el artículo 80.a TRLGDCU, no imponen exigencias distintas entre los diversos estándares que formulan cada uno de los preceptos, de forma que pueden resumirse todos en la exigencia de transparencia.

Así lo entiende también el juzgador de instancia, que hace expresa alusión a la exigencia de transparencia de las cláusulas incluidas en contratos celebrados con consumidores, que fijó como criterio la archiconocida STS 241/2013 de 9 de mayo, referida a la nulidad de las cláusulas suelo no transparentes incluidas en contratos hipotecarios con consumidores.

La exigencia de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tales son los que afectan a la determinación del precio, garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y la prestación que va a obtener de la otra parte. Los elementos esenciales están exentos de control de contenido, pero deben someterse a un control de consentimiento referido a la transparencia de la cláusula y la posibilidad real que el consumidor tuvo de conocer su alcance. La buena fe exige transparencia sobre lo que típicamente provoca la decisión de contratar del consumidor, pero no implica un control del equilibrio objetivo de las prestaciones de las partes, aunque sí exige la claridad de las mismas. Es necesario destacar que no cualquier cláusula que se refiera a los elementos esenciales queda excluida del control de contenido, sino que estarán sometidas a control las cláusulas que contengan suplementos que impongan incrementos de precio por servicios o prestaciones accesorias, financiación, aplazamientos o recargos.

Tal es el caso de la cláusula litigiosa, que impone un recargo adicional al cliente que desea usar su terminal móvil para disfrutar de los servicios prestados por compañía distinta a la que entregó el terminal, cláusula cuya aplicación sólo tendrá lugar si se cumple esta condición, circunstancia que probablemente no haya sido determinante para la prestación del consentimiento a la contratación del consumidor, pues no supone un incremento directo e inmediato del precio del

⁶ *“Derecho de contratos”*, Thomson Reuters, 2010, páginas 206-207.

servicio, pero que sí supondrá un coste económico futuro al usuario que desee liberar su móvil. Dado que la cláusula controvertida es un elemento accidental del contrato, es perfectamente posible el control de contenido, que se concreta en examinar si la cláusula puede considerarse abusiva por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor.

5. **Apreciación de la abusividad de la cláusula “liberación de móviles” de Vodafone**

El control de contenido específico en la contratación con consumidores no recae sólo sobre condiciones generales de la contratación en el sentido del artículo 1 LCGC, sino sobre toda cláusula que no ha sido individualmente negociada, tal y como se prevé en los artículos 80.1.c y 82.1 TRLGDCU. En particular, el artículo 82 recoge en su apartado 4 la denominada lista negra de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, cuya nulidad resulta sin más de la sola contrastación literal de su tenor con la regla aplicable⁷. En todo caso serán abusivas aquellas cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato y, más concretamente, según lo previsto por el artículo 87 TRLGDCU, “[...] las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: 6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato [...]”.

El tenor literal de la cláusula incluida por Vodafone en los contratos celebrados con sus clientes rezaba: “*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*”. Esta cláusula se aplica a todos los clientes, a quienes se remite al procedimiento de desbloqueo “vigente en cada momento”, con lo que el adherente desconoce el procedimiento al que hubiere de adecuarse para el desbloqueo del terminal. La concreción del procedimiento para el desbloqueo de terminales vigente en cada momento queda al control y decisión unilateral de la parte predisponente, que goza de una posición dominante para modificar las condiciones económicas de la liberación de terminales a su libre arbitrio. Tal fue la situación cuando se estableció una tasa de 6 euros para el desbloqueo, caso de optar por la solicitud del código de desbloqueo de forma telefónica, tarifa vigente hasta septiembre de 2013, momento en el que se incrementó al importe de 8 euros⁸. La incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del empresario, y el consumidor no tiene la posibilidad real de conocer el alcance económico de la misma en el momento de contratar, sino en un momento

⁷ CARRASCO PERERA, “*Derecho de contratos*”, Thomson Reuters, 2010, páginas 787 ss.

⁸ 9,68 euros IVA incluido.

posterior cuando decide desbloquear el terminal, cuando deberá descubrir en la página web de la operadora de telecomunicaciones cuál es el coste establecido por ésta en ese momento en concreto.

Si bien existía la posibilidad de obtener el mencionado código de desbloqueo de forma gratuita desde el área privada "Mi Vodafone" de cada cliente, parece un poco arrogante presuponer que todos los usuarios de servicios de telefonía móvil de Vodafone tuviesen efectivo acceso a internet, o siquiera que tuvieran los conocimientos necesarios para poder solicitar la liberación de su terminal por esta vía, pues recordemos que el porcentaje de usuarios de servicios de telefonía móvil no tiene por qué corresponderse necesariamente con aquellos que son usuarios de servicios de internet⁹. Por otro lado, este procedimiento gratuito de desbloqueo tampoco estaba disponible para los "no clientes" de Vodafone, aquellos que ya hubiesen cambiado de compañía cuando tomaron la decisión de liberar su terminal, pues no tendrían cuenta "Mi Vodafone". Ello confronta, tal y como lo entiende el juzgador de instancia, con la transparencia exigible a la cláusula, constatando, a posteriori, la necesidad de efectuar este pago para el desbloqueo del terminal, sin que en la cláusula se haga mención alguna a la condición de cliente activo y no activo para la aplicación de unas u otras tarifas de desbloqueo.

El principio de transparencia debe garantizar 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 causa¹⁰. El hecho de tener que abonar una cantidad para ese desbloqueo – preceptivo, si no es cliente, y facultativo para el cliente si utiliza la vía telefónica – pretende garantizar la vinculación del cliente con la compañía, asegurando su permanencia con la misma o disuadiendo al cliente de cesar en esa vinculación contractual; mientras que el cliente, en el momento de la contratación, actuaba con la convicción de carecer de cualquier penalización distinta de la resultante del compromiso de permanencia. Y es precisamente esta falta de reciprocidad lo que determina la declaración de abusividad y conlleva la nulidad de la cláusula de desbloqueo de terminales impuesta por Vodafone a sus clientes.

6. Consecuencias de la declaración de abusividad

La declaración de abusividad de una de las cláusulas contenidas en el contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones no implica la nulidad de todo el

⁹ De hecho, tal y como indicábamos en la nota a pie 5, la proporción de usuarios de telefonía móvil asciende a 109,9 líneas/100 habitantes, mientras que la del servicio de banda ancha móvil representa un porcentaje de 84 líneas/100 habitantes. El más claro ejemplo está en los usuarios de la tercera edad, que carecen en muchos casos no sólo del acceso a internet, sino de los conocimientos necesarios para hacer uso de un ordenador.

¹⁰ Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, (2001/C 116/25)

contrato, siempre que éste pueda subsistir sin la cláusula que se ha declarado abusiva y, por tanto, nula. En tal sentido se pronuncian los artículos 10 de la LCGC y el artículo 83 del TRLGDCU que, siguiendo la voluntad del legislador europeo plasmada en la Directiva 93/13/CE, se ha decantado por la nulidad parcial, como categoría original y distinta de la nulidad total o de la nulidad relativa.

Tal y como se recoge en la sentencia, en el caso de una cláusula abusiva, el negocio jurídico nace válido al tenor del artículo 1261 CC, y si se declara la nulidad, no afecta al negocio jurídico que documenta el contrato, sino a una cláusula en concreto. La cláusula es nula por abusiva, lo que impide colmar esta laguna legal mediante una interpretación integradora del contrato; la cláusula se elimina sin más, no es susceptible de moderación por el Juez. Así, se pretende reestablecer el equilibrio negocial perdido por la contratación adhesiva o en masa.

7. Devolución de las cantidades cobradas e indemnización de daños y perjuicios

A la acción colectiva de cesación instada por el Ministerio Fiscal y la asociación de consumidores y usuarios en el caso objeto de estudio, se acumularon como accesorias la de devolución de las cantidades cobradas y la de indemnización de los daños y perjuicios sufridos, de conformidad con lo previsto en los artículos 12.2 LCGC y 53 TRLGDCU.

Vodafone se opuso a la devolución de las cantidades cobradas como consecuencia de la aplicación de la cláusula relativa a la liberación de móviles declarada nula, argumentando que la devolución de las cantidades cobradas a clientes de AIRTEL son ajenas a Vodafone. Sin embargo, como consecuencia de la absorción de la primera por la demandada, el juzgador recuerda que la sociedad absorbente debe subrogarse en la misma posición jurídica que hasta el momento de realizarse la fusión tenía la sociedad absorbida, con la asunción de las obligaciones que de las mismas pudieran derivarse, rechazando de plano la oposición de la demandada.

Por otro lado, como ya apuntábamos en el primer epígrafe de este documento, la demandada alegó la imposibilidad de determinar el grupo de consumidores y usuarios afectados por la aplicación de la cláusula para poder proceder a la devolución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, el juzgador entendió acertadamente que la predisponente, empresa puntera en el mundo de la tecnología, tiene plena capacidad para concretar, pese al volumen importantísimo de clientes y operaciones comerciales que tenga, el número de clientes afectados. Además, es la propia operadora de telecomunicaciones la que tumba su alegación, al haber aportado al procedimiento un listado de clientes afectados en el que se concretan las partidas abonadas por cada uno de ellos para efectuar el desbloqueo, clientes a quienes se deben devolver las cantidades abonadas, a las que deberán añadirse los intereses legales incrementados en un 2% con un mes de carencia desde que se cobraron, junto a la restitución de los

daños y perjuicios causados en cada caso – por ejemplo, gastos bancarios –, cantidades que habrán de ser determinadas por cada uno de los usuarios afectados en fase de ejecución de la sentencia.

8. La sensación de indefensión de los usuarios de servicios de telecomunicaciones

Los conflictos más frecuentes en la actualidad en materia de Derecho de consumo son aquellos relacionados con contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones¹¹, algo que parece coherente con el volumen de usuarios titulares de contratos de esta índole¹². La dificultad añadida reside en la más que extendida contratación a distancia de este tipo de servicios, ya sea por vía telefónica o electrónica, de forma que el usuario no tiene establecimiento físico al que poder acudir con sus reclamaciones, y rara vez consigue que el servicio telefónico de atención al cliente de su operador atienda adecuadamente sus requerimientos.

Pero la sentencia aquí analizada contiene un pronunciamiento que la propia operadora de telecomunicaciones debe cumplir sin necesidad de que los usuarios afectados por la cláusula declarada nula se lo exijan. La demandada no podrá hacer caso omiso del fallo alcanzado en la sentencia objeto de análisis bajo amenaza de verse obligada a abonar la multa coercitiva fijada por el Juzgado de lo Mercantil gallego, que asciende a 5000 euros por cada día que transcurra sin que la demandada haga efectivos los pronunciamientos de cesación de la sentencia, a partir de los dos meses siguientes a la fecha de su firmeza; cantidad que se estima proporcional en atención al volumen de negocio de Vodafone. De esta forma, se evita la dilación en el tiempo del cumplimiento de lo ordenado por sentencia, debiendo la operadora de telecomunicaciones proceder de inmediato a restaurar el debido equilibrio entre empresario y consumidor.

Los derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones se ven constantemente y cada vez con más frecuencia impunemente vulnerados por los operadores de telecomunicaciones, que tienden a abusar de su posición dominante¹³ y proceder en perjuicio del usuario. Por regla general, los importes litigiosos en este tipo de relaciones contractuales no son demasiado elevados: una factura cobrada indebidamente, penalizaciones por incumplimiento de compromiso de permanencia, o cobro de una tarifa por desbloqueo del terminal

¹¹ Alrededor del 80% de las solicitudes de arbitraje resueltas por CESCO como órgano arbitral de consumo de Castilla-La Mancha se referían a la prestación de servicios de esta índole. También la mayoría de las consultas procedentes deOMIC que se plantean a CESCO se refieren a reclamaciones de consumidores en relación a la prestación de servicios de telecomunicaciones.

¹² Ver nota a pie 5.

¹³ Los tres principales operadores -Movistar, Vodafone y Orange (con Ono y Jazztel incluidos)- representan más del 92% del mercado tanto para líneas fijas como para banda ancha; con lo que gozan de una posición dominante de la que abusan con cierta frecuencia; http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf_anual.jsp

que, como ocurre en este caso, no llega a los 10 euros. La mayoría de los usuarios que se encuentren en esta situación intentarán resolver su reclamación por la vía extrajudicial, pero los servicios de atención al cliente de los operadores de telecomunicaciones no son muy proclives a satisfacer las pretensiones de sus clientes, y caso de no existir adhesión al sistema arbitral de consumo, es muy probable que el usuario rechace la opción de hacer valer sus derechos en vía judicial, por ser superiores los costes del proceso al importe reclamado.

Llegados a este punto, la única alternativa viable parece ser que los legitimados para el ejercicio colectivo de la acción de cesación sigan haciendo uso de esta facultad y consigan un pronunciamiento judicial que restaure el equilibrio entre empresario y consumidor con la eliminación de cláusulas abusivas y restitución de prestaciones indebidamente percibidas, en función del caso.