

**LA SUBIDA DEL PRECIO DE MOVISTAR FUSIÓN DECLARADA ILEGAL:
TELFÓNICA TENDRÁ QUE RESTITUIR LO COBRADO MÁS
INTERESES DE DEMORA Y MANTENER EL SERVICIO
AL PRECIO INICIALMENTE CONTRATADO***

Sentencia del JPI núm. 2 de Pamplona, de 17 de marzo de 2016

Ana Isabel Mendoza Losana
Centro de Estudios de Consumo
Profesora de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 8 de abril de 2016

Por la utilización publicitaria del concepto “para siempre”; por la falta de incorporación de la facultad de modificación de las condiciones contractuales; por la falta de consentimiento de una eventual novación de la obligación y por la falta de prueba de la concurrencia de motivos técnicos o económicos que justificaran una posible aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, el contrato ha de cumplirse en los términos en los que se perfeccionó. La modificación de precios supone un incumplimiento y como tal, se consideran nulas las repetidas subidas del precio del servicio.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona dictó el 17 de marzo del 2016 la sentencia número 000074/2016 (Roj: SJPI 24/2016 - ECLI:ES:JPI:2016:24; Id Cendoj: 31201420022016100001) en el procedimiento ordinario nº 0000042/2016, seguido contra Telefónica de España SA y Telefónica Móviles España, SA (en adelante, Telefónica) por reclamación de cantidad.

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

1. Hechos

El 14 de septiembre del 2009, Telefónica anuncia su producto «Movistar Fusión» consistente en la inclusión en una sola factura y «para siempre» al precio total de 60,37 € de diversos servicios de telecomunicaciones. Mediante llamada telefónica al servicio de atención al cliente (1004), en octubre de 2012, el demandante solicitó la sustitución del servicio DUO por el de Movistar Fusión y además Fusión Línea

Adicional. Desde entonces y hasta mayo del 2015, se le ha facturado por el precio contratado, esto es 49,90€ la primera más 20,00€ la segunda más IVA. A partir de esta fecha y a pesar de que el precio fue contratado «para siempre», se han producido sendas subidas de la facturación, en mayo del 2015 y en enero del 2016.

2. Pretensión del demandante: cumplimiento correcto del contrato

El demandante califica la subida de precios como “incumplimiento” del contrato y por ello, solicita: 1º que se declare nula; 2º que se compela a las codemandadas para que en lo sucesivo se abstengan de aplicar subidas de precio al servicio de Fusión contratado; 3º que se condene a las codemandadas a la devolución al demandante de las cantidades cobradas de más desde el mes de mayo de 2015 en los contratos de MOVISTAR FUSION y FUSION LINEA ADICIONAL con los intereses que dichas cantidades generen desde que fueron cobradas, cuyo importe total se calculará en ejecución de sentencia; 4º que se condene en costas a las empresas codemandadas.

3. Oposición de las empresas demandadas: la modificación es una facultad contractual reservada a la empresa y conocida por el demandante que pudo darse de baja del servicio

Los motivos por los que las empresas demandadas se oponen a la demanda son públicamente conocidas. Su defensa se ha basado en la calificación de la modificación de precios como una facultad contenida en el contrato (cláusula 12ª) y conocida por el demandante, - en el caso de autos, abogado de profesión-, y a quien, con carácter previo (abril del 2015), se le comunicó la subida de la tarifa mensual junto con la posibilidad de darse de baja de modo gratuito. Por lo que, según la demandada “el perjuicio económico sufrido por el actor es consecuencia de sus propios actos”.

4. Respuesta judicial

El juzgado de primera instancia estima la demanda. Declara nula la subida y obliga a las empresas demandadas a restituir al demandante lo cobrado indebidamente, así como los intereses de demora.

Seguramente, la sentencia tendrá gran trascendencia mediática pues las reiteradas subidas de precios del servicio Fusión de Telefónica, imitadas después por otros operadores, han sido muy criticadas por las asociaciones de consumidores y han motivado iniciativas tanto judiciales como extrajudiciales contra las subidas. Sin embargo, no se puede decir que la sentencia glosada sea un modelo de argumentación jurídica. Los fundamentos jurídicos se entremezclan sin que quede finalmente claro cuál es el motivo definitivo que fundamenta el fallo.

Los argumentos en los que se sustenta el fallo, que ya fueron defendidos por quien glosa la sentencia¹, son los siguientes:

- 1º) *La publicidad ofrecía tarifas “para siempre” o calificaba los precios como “definitivos”.* El juzgado admite como hechos probados que las empresas «realizaron una oferta anuncio de movistar fusión, en la que entre otras cosas, se decía que "serán los precios finales, y para siempre" y [...], se dicen distintos precios, alguno de ellos con el calificativo de "definitivo"».

Como es sabido y como destaca el juzgado, «la oferta de contrato integra el mismo», y «puede ocurrir que su contenido se corresponda o difiera del resto del contrato, que sea armoniosa o contradictoria...». Correlativamente, el contrato no se agota en las palabras y su contenido puede determinarse por actos posteriores de las partes. Así, conforme al artículo 1281 del Código Civil, “si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”.

La cláusula publicitaria «para siempre» no puede tratarse como un mero reclamo publicitario vacío de contenido jurídico. Según afirma el juzgado, “no se trata, [...] de hacer tabla rasa de lo anterior, como si, el *for ever*, para siempre no existiera o careciera de la significación que es común».

¹ <https://blog.uclm.es/cesco/files/2015/05/RAZONES-POR-LAS-QUE-MOVISTAR-NO-PUEDA-SUBIR-EL-PRECIO-DE-SU-SERVICIO-FUSI%C3%93N.pdf>

Curiosamente, el juzgador no menciona el artículo 61.2 TRLGDCU² para poner en valor el efecto integrador de la publicidad en favor del consumidor, sino que se refiere al artículo 1228 del Código Civil del que concluye que la propaganda, publicidad, información y noticias emitidas por la empresa le vinculan en cuanto le favorecen pero también en cuanto le perjudican. La referencia normativa no es baladí porque la invocación del Código Civil permite predicar el efecto integrador de la publicidad a cualquier oferta o información precontractual, aunque el contratante no ostente la condición de consumidor incluido en el ámbito de aplicación de la normativa consumerista.

- 2º) *La naturaleza del contrato.* El juzgado afirma que «se trata de contrato de duración indefinida, con compromiso de permanencia» y no queda probado que el demandado conociera la facultad contractual de modificación del contrato, en cuanto la empresa demandada no prueba la entrega del justificante del contrato. Por ser un contrato indefinido, la modificación de condiciones no produce necesariamente o la novación tácita o expresa o la resolución. Cabe un *tertium genus* que es el mantenimiento del contrato, si no se produce una alteración significativa del objeto de acuerdo con lo pactado (*pacta sunt servanda*).
- 3º) *La facultad contractual de modificación de precios queda condicionada a la concurrencia de ciertos hechos que no se verifican en el caso enjuiciado y que resultan indeterminados.* El juzgado destaca que en el clausulado del contrato se prevé la modificación, «por cambios tecnológicos, variaciones de las condiciones económicas y evolución el mercado». Se prevé la notificación previa al cliente y la posibilidad de que éste no acepte la subida y opte por apartarse del contrato sin penalización. Sin embargo, la demandada no ha probado la concurrencia de razones técnicas que justifiquen la modificación de precios.

Si no se prueban, la mera invocación de “mejoras técnicas”, no sirve para justificar la subida de precios.

² Artículo 61 TRLGDCU. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato

1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

Sólo cabría una modificación de precios en caso de variación «probada» y «relevante» de las características tecnológicas que afecten al producto.

De nuevo sin necesidad de acudir a la normativa de consumo, el juzgado considera improcedente la modificación por «la sencilla razón que el contrato no puede quedar al arbitrio de una parte, tenga el alcance que tenga, local, nacional, internacional o multinacional», en virtud del artículo 1256 del Código Civil.

4º) *La cláusula de modificación del contrato no ha quedado incorporada por falta del consentimiento expreso del usuario y por no quedar acreditado que la empresa envió el justificante del contrato.* Ciertamente esta argumentación no es expresa y se lee entre líneas en la sentencia que se pronuncia sobre esta cuestión en términos algo farragosos³.

5º) *El cliente es un consumidor medio.* La demandante oponía la condición de abogado del cliente para argumentar que a pesar de la oferta publicitaria, éste conocía la cláusula contractual de modificación de condiciones. Sin embargo, el juzgado se pronuncia en términos rotundos, aceptando que el concepto de consumidor medio al que se refiere el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) es predicable de este cliente e insiste en que el uso publicitario del término «para siempre» no puede quedar vacío de eficacia jurídica alegando que forma parte del concepto de “cultura promocional”. Afirma el juzgado que «la expresión “para siempre” tiene cierta “vocación de permanencia”, que pudiera evocar aquello del matrimonio, contrato para siempre... sin perjuicio de separación y divorcio».

6º) *No ha quedado probado que el demandante aceptara la novación de la obligación.* Constata el juzgado que no hay prueba alguna, ni presunción, de que el demandante, haya dado consentimiento alguno a la novación de contrato, como requiere el artículo 1203 del Código Civil. Destaca que la novación no se presume nunca y que el pago del nuevo precio tampoco permite presuponer la aceptación de dicha novación. El cliente que paga el nuevo precio cumple la obligación de pago y evita una eventual causa de resolución del contrato.

³ “Es inferible que no solo la oferta integra al contrato, también las condiciones antes calificadas de generales, intituladas “particulares” que para su validez y eficacia, más con tal precedente, y oferta, y la condición de consumidor, que en ningún consentimiento, ocioso decir que no es expreso, deben cumplir los requisitos de incorporación, artículos 5 , 7 , 8 de la Ley 7/98 de 13 de Abril , y lo dispuesto en el artículo 82 y concordantes y siguientes del R.D. legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre, pues bien, de los motivos que se refieren, en absoluto se considera cumplen “las variaciones económicas existentes en el momento de la contratación” ni la evolución del mercado” entre otras cosas por su total indeterminación”.

En definitiva, por la utilización publicitaria del concepto “para siempre”; por la falta de incorporación de la facultad de modificación de las condiciones contractuales; por la falta de consentimiento de una eventual novación de la obligación y por la falta de prueba de la concurrencia de motivos técnicos o económicos que justificaran una posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, el contrato ha de cumplirse en los términos en los que se perfeccionó (*pacta sunt servanda*). La modificación de precios supone un incumplimiento del contrato y como tal, conforme al artículo 1101 y concordantes, «las demandadas han incumplido el contrato», y asiste al demandante «el derecho a exigir su cumplimiento». Todo ello da lugar a considerar nulas las repetidas subidas de precio "sufridas por el actor" y al reconocimiento de su derecho a que se le reintegre lo pagado, en lo que supere lo originariamente pactado.

Con argumentos similares a los aquí descritos, el juzgado número 5 de Segovia ya anuló la subida de precios aplicada por Movistar y obligó a la empresa a restituir al cliente lo cobrado indebidamente (sentencia del juzgado de primera instancia e instrucción número 5 de Segovia, de 15 de enero de 2016). También se han dictado diversos laudos arbitrales que resuelven en el mismo sentido (v.gr. laudo de la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Salamanca de junio de 2015 dictado por árbitro único en el expediente J-60/2015 y otros similares de la misma Junta Arbitral). No obstante, hay algún pronunciamiento en contra como la sentencia de 22 de diciembre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valladolid.

El juzgado de Pamplona considera improcedente la condena de futuro (conminar a no aplicar nuevas subidas), por considerar, que “en determinada circunstancia, es susceptible de incrementarse el precio”. Ello ocurrirá cuando se produzcan mejoras técnicas «probadas» y «relevantes».

5. Sentencia recurrible y efecto imitación

Contra la sentencia recurrida cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Pamplona en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación.

Con toda probabilidad las empresas demandadas recurrirán esta sentencia. Es obvio que la sentencia del Juzgado número 2 de Pamplona abre una senda, que probablemente será explorada por otros muchos clientes (de Telefónica o de otras empresas) que presentarán en los juzgados reclamaciones de cantidad por la aplicación de subidas no amparadas por el *ius variandi* del empresario.