

TELFÓNICA NO RECURRE LA SENTENCIA QUE DECLARÓ NULA LA SUBIDA DEL PRECIO DEL SERVICIO FUSIÓN*

Ana Isabel Mendoza Losana
Centro de Estudios de Consumo
Profesora de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha
Consejera Académica de Gómez-Acebo & Pombo

Fecha de publicación: 6 de mayo de 2016

Las subidas (ilegales) de los precios ofrecidos «para siempre» obedecen a una estrategia calculada por los operadores de telecomunicaciones

En contra de las previsiones, el pasado 21 de abril, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona declaró firme la sentencia dictada por el mismo juzgado en el procedimiento 0000042/2016, en el que se declararon nulas las subidas de precios aplicadas por Telefónica de España SA y Telefónica Móviles España SA, y se obligó a las empresas a reintegrar al demandante lo cobrado en base a tales subidas, más los correspondientes intereses desde que fueron cobrados.

CESCO agradece al demandante, Javier Fernández Quintana, abogado de profesión, el envío de la resolución judicial que declara firme la sentencia.

1. Estrategia de las operadoras

Quien suscribe estas líneas estaba casi convencida de que la empresa recurriría¹ pero finalmente no ha sido así. Diríase que la subida de los precios ofrecidos «para siempre»

* 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 V. «La subida del precio de Movistar Fusión declarada ilegal: Telefónica tendrá que restituir lo cobrado más intereses de demora y mantener el servicio al precio inicialmente contratado, sentencia del

obedece a una estrategia perfectamente calculada por las empresas que consiste en aplicar el incremento de precios a todos los consumidores, aun siendo conscientes de su ilegalidad, ofrecer la posibilidad de darse de baja a los clientes que no lo acepten y devolver el dinero y mantener el precio del servicio a los que reclamen *por vía judicial*.

Lamentablemente y sin perjuicio de la adhesión a acciones colectivas², pocos son los clientes y menos los consumidores (finales) dispuestos a incurrir en los costes económicos y de tiempo, que ocasiona un proceso judicial, por una subida de precios que no representa una cuantía significativa en relación al gasto mensual total (en el caso enjuiciado, la primera subida fue de 5 euros mensuales).

Pero eso no es todo. Hay otra parte de la estrategia no desdeñable: las operadoras son conscientes de que si recurrieran, las instancias judiciales superiores también estimarían las pretensiones de los demandantes por lo que optan por sufrir la derrota en un nivel judicial inferior (la primera instancia), donde el impacto mediático es menor y en el que existen pluralidad de decisores. Una decisión favorable en primera instancia se concibe como una decisión marginal y aislada, quedando siempre abierta la posibilidad de ganar en otro foro. Sin embargo, cuanto más alta fuera la instancia que hubiera declarado la nulidad, mayor sería el número de clientes que se dispondrían a litigar.

Estratégicamente, la empresa tiene poderosos incentivos para no recurrir. Se resigna a aplicar los remedios contractuales propios del Derecho privado para restablecer el equilibrio contractual y el daño ocasionado a los clientes que ejercen acciones judiciales (de cumplimiento y de restitución del pago indebido), contra el incumplimiento contractual (arts. 1101 y 1124 CC) pero ignora el interés general de los consumidores en su conjunto, mientras sigue percibiendo los ingentes beneficios de la subida generalizada de los precios, pagados por el elevado número de clientes que ni impugnan la subida ni se dan de baja del servicio.

2. Intervención de la Administración

En este contexto, parece que sólo la intervención de la Administración Pública pudiera tutelar adecuadamente el interés general de los consumidores. La Administración de consumo puede ejercer su potestad sancionadora invocando varios apartados del artículo

JPI núm. 2 de pamplona, de 17 de marzo de 2016», <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/04/La-subida-del-precio-de-Movistar-Fusion-declarada-ilegal.pdf>

² Demanda interpuesta por FACUA ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=9966>

49 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 y otras leyes complementarias (art. 49.1³, e, i en relación al art. 85.3⁴, l en relación a los artículos 19, 20 y 22.1 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, n) o sus equivalentes en la normativa autonómica.

Por otra parte, cabe recordar que por tratarse de una práctica desleal con los consumidores, la Agencia española de Consumo, Seguridad alimentaria y Nutrición (AECOSAN, antiguo Instituto Nacional de Consumo) está legitimada para ejercer las acciones de cesación, rectificación y remoción de efectos previstas en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (art. 33.3). Podría exigir judicialmente que la empresa dejara de ofrecer «precios para siempre» y que rectificara dicha publicidad. Sin embargo, previsiblemente, estas dos pretensiones habrán perdido todo su sentido una vez agotada la campaña publicitaria. Mayor interés tiene el posible ejercicio de la acción de remoción de efectos, que en el supuesto considerado tendría escasa eficacia práctica. La remoción de los efectos del acto de competencia desleal debería consistir en el reintegro de las cantidades cobradas indebidamente desde la subida a todos los clientes que en fase de ejecución de sentencia lo solicitaran. Pero para devolver lo cobrado indebidamente, es imprescindible la declaración de nulidad del título de cobro (la

³ Artículo 49 TRLGDCU. *Infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios*

1. Son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios:

- e) El incumplimiento de las normas reguladoras de precios, la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas o cantidades mínimas o *cualquier otro tipo de intervención o actuación ilícita que suponga un incremento de los precios o márgenes comerciales*.
- i) La introducción de cláusulas abusivas en los contratos.
- l) El uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios.
- n) El incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta norma o disposiciones que la desarrollen, en los términos previstos en la legislación autonómica que resulte de aplicación.

⁴ Artículo 85 TRLGDCU. *Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario*

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

[...]

3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario *facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato*, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

modificación ilegal), competencia reservada al juez en el correspondiente proceso, cuyo inicio no corresponde a AECOSAN.

También AECOSA está legitimada para el ejercicio de las acciones de cesación, retractación y declarativa del artículo 12 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación (art. 16.4 LCGC), lo que no legitima al organismo para impugnar la cláusula contractual que ampara subidas sin concretar los motivos o por razones injustificadas y en su caso, exigir la devolución de cantidades que se hubiesen cobrado. En cualquier caso, el eventual ejercicio de las acciones indicadas por la Administración de Consumo también beneficiaría indirectamente a los clientes no consumidores, que podrán ejercer las acciones judiciales derivadas del incumplimiento del contrato y la acción de cesación de la publicidad ilícita (art. 6.1 Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad).