

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 613/2023 de 25 abril
RJ\2023\2634

CONSUMIDORES Y USUARIOS: CLÁUSULAS ABUSIVAS: EXISTENCIA: CONTRATO DE SERVICIOS DE TELEFONÍA: cláusula que habilitaba a la operadora a realizar modificaciones en los términos del contrato, las prestaciones y el precio: efectos de la nulidad: demandante tiene derecho a que la demandada le devuelva el precio cobrado por los servicios de telefonía que excedan del inicialmente contratado: carece de derecho a exigir que el contrato se mantenga de forma perpetua, en las mismas condiciones pactadas, pues tiene derecho a resolver el contrato unilateralmente, con un preaviso de un mes.SENTIDO DEL FALLO: Estimación parcial recurso de apelación; Estimación íntegra recurso de casación

ECLI:ECLI:ES:TS:2023:1700

Jurisdicción:Civil

Recurso de Casación 5957/2019

Ponente:Excmo Sr. Ignacio Sancho Gargallo

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante frente a la Sentencia, de fecha 20-09-2019, dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en juicio ordinario.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 613/2023

Fecha de sentencia: 25/04/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5957/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/03/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 5957/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 613/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 25 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza. Es parte recurrente María, representada por la procuradora Alicia Marcen Altarriba, posteriormente sustituida por la procuradora Mónica Sánchez Cano y bajo la dirección letrada de Mónica Sola Moratilla. Es parte recurrida la entidad Telefónica de España S.A.U., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de María del Carmen Sánchez Martín.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Alicia Marcén Altarriba, en nombre y representación María, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza, contra la entidad Telefónica de España S.A.U., para que se dictase sentencia por la que:

"por la que se declare el carácter de abusiva de la cláusula 11 de las condiciones particulares del contrato de Servicio Movistar Fusión, declarándose nula, obligando a la demanda a estar y pasar por esta declaración a todos los efectos que le son inherentes, condenando a la demandada a facturar en adelante a la demandada sin la referida subida de precio, que excedan de la cuota mensual de 60,-€ (sesenta euros), manteniéndose el único servicio contratado por la misma "movistar Fusión TV para todos" con expresa imposición de costas a la parte demandada".

2. La procuradora Lucía del Río Artal, en representación de la entidad Telefónica de España S.A.U., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que desestime íntegramente la demanda interpuesta contra mi representada, con expresa condena en costas a la actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 21 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que desestimado la demanda interpuesta por la Procuradora D^a Alicia Marcén Altarriba, en representación de D^a María, contra Telefónica de España, SAU debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra. Con expresa imposición a la actora del pago de las costas".

SEGUNDO.

Tramitación en segunda instancia

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de María.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza mediante sentencia de 20 de septiembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Estimando sustancialmente el recurso interpuesto por la legal representación de Doña María, debemos revocar la sentencia apelada. Y estimando sustancialmente la demanda, debemos declarar la nulidad de la cláusula 11^a de los denominadas "Condiciones Particulares del servicio Movistar Fusión". Condenando a la demandada a estar y pasar por ello. Con absolución del resto de los pedimentos. Condenando en costas a la parte demandada. Sin condena en las de esta alzada.

Dese al depósito el destino legal".

TERCERO.

Interposición y tramitación del recurso de casación

1. La procuradora Alicia Marcén Altarriba, en representación María, interpuso recurso de casación ante la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Al amparo del [artículo 477.2.3ª](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), por aplicación indebida del [artículo 1.303](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) y del [artículo 6.1](#) de la [Directiva Europea 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#) de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores, respecto de la doctrina jurisprudencial sobre la no vinculación al consumidor de la cláusula declarada nula y la subsistencia del contrato".

2. Por diligencia de ordenación de 6 de noviembre de 2019, la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, 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 María, representada por la procuradora Alicia Marcen Altarriba, posteriormente sustituida por la procuradora Mónica Sánchez Cano; y como parte recurrida la entidad Telefónica de España S.A.U., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo.

4. Esta sala dictó [auto de fecha 20 de julio de 2022 \(PROV 2022, 255616\)](#) cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de María contra la sentencia dictada, el día 20 de septiembre de 2019, por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a), en el rollo de apelación n.º 695/2019, dimanante del juicio ordinario n.º 997/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Zaragoza".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Telefónica de España S.A.U. presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de marzo de 2023, en que ha tenido lugar. Debido a la huelga convocada por los Letrados de la Administración de Justicia, la notificación de la providencia de señalamiento se produjo con posterioridad a la fecha de la deliberación, votación y fallo. No obstante, una vez notificada dicha providencia, las

partes no han alegado ningún perjuicio concreto derivado de este hecho, ni han puesto en conocimiento del tribunal la concurrencia de causas de recusación o de alguna otra circunstancia que pudiera determinar algún género de indefensión.

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.

El 23 de enero de 2015, María concertó con Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Movistar) un contrato de servicios de telefonía denominado "MoviStar Fusión TV para todos" (hasta 10Mb), ADSL, por una cuota mensual de 60 euros.

Este contrato contenía una cláusula, la 11ª, con el siguiente tenor literal:

"Modificación de MoviStar Fusión. Movistar podrá modificar las presentes condiciones Particulares por los siguientes motivos: variaciones de las características técnicas de los equipos o redes, cambios tecnológicos que afecten al producto, variaciones de las condiciones económicas existentes en el momento de la contratación del servicio y evolución del mercado.

"Movistar comunicará al Cliente la modificación de MoviStar Fusión con un plazo de un (1) mes de antelación respecto del día en que deba ser efectiva dicha modificación. Las facultades de modificación de Movistar no perjudican el derecho de resolución anticipada del contrato, reconocido al cliente en la cláusula 6, sin perjuicio de otros compromisos adquiridos por el cliente".

En aplicación de esta cláusula, Movistar dirigió una comunicación a la Sra. María en abril de 2015, para indicarle que iba a subir el precio 5 euros mensuales y el cambio de prestaciones. Con posterioridad, se volvieron a modificar las condiciones y el precio: el 6 de febrero de 2016, el precio subió a 68 euros mensuales; el 5 de agosto de 2016, el precio subió a 70 euros mensuales; el 5 de abril de 2017, el precio subió a 75 euros mensuales; y el 5 de febrero de 2018, el precio subió a 80 euros mensuales.

2. María ejerció una demanda en la que pedía que fuera declarada la nulidad de la reseñada cláusula 11ª del contrato de telefonía por tratarse de una cláusula abusiva, incorporada a un contrato concertado con una consumidora. También pedía que se condenara a Movistar a facturar 60 euros por el servicio contratado.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. No consideró abusiva la cláusula, pues incorporaba una previsión legal (art. 47.1 b) de la [Ley General de](#)

[Telecomunicaciones \(RCL 2014, 657\)](#)) y reglamentaria ([art. 9 RD 899/2009 \(RCL 2009, 1090\)](#)), que reconocen el derecho a resolver anticipadamente y sin penalización el contrato en caso de modificaciones de las condiciones contractuales impuestas por el operador por motivos válidos. Y el juzgado entendió que concurrían motivos válidos para la modificación unilateral del contrato.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante y el recurso ha sido estimado en parte por la Audiencia. La sentencia de apelación entiende que la cláusula 11ª es nula porque no está incorporada correctamente y, además, porque la considera abusiva.

En relación con los efectos de la nulidad, la Audiencia entiende que el contrato no puede permanecer "sine die" con el mismo precio, pues sería contrario a los principios generales de la contratación. Primero, porque los contratos de tracto sucesivo suelen contener cláusulas de revisión de precios, de acuerdo con el precio de la vida, para así mantener el equilibrio del contrato. Y, en segundo lugar, porque la nulidad de esa cláusula 11ª conlleva su expulsión pero no convierte el contrato "en indefinido y, menos aún, en perpetuo (prohibición de orden público). Por lo que habrá que estar a lo pactado en las condiciones particulares: duración de un año".

La Audiencia razona que "a partir de ahí, la consumidora fue consintiendo sucesivas prórrogas. En las cuales tenía derecho, por contrato, a exigir que se le giraran cuotas de 60 euros hasta finales de enero de 2016 (un año). A partir de ahí acabó su compromiso de permanencia que prorrogó voluntariamente".

Y, en consecuencia con lo anterior, la sentencia de apelación, si bien declara la nulidad de la cláusula, niega que pueda "reglamentar un contrato en lo que exceda de las consecuencias de esa nulidad, que no son, necesariamente que el precio de la cuota mensual siga siendo tres años después el mismo".

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la demandante, sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO.

Recurso de casación

1. Formulación del motivo . El motivo denuncia "la infracción del [art. 1303 CC \(LEG 1889, 27\)](#) y del [art. 6.1 Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#) , sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, respecto de la doctrina jurisprudencial sobre la no vinculación al consumidor de la cláusula declarada nula y la subsistencia del contrato". Entiende que resulta improcedente, después de haber declarado la nulidad de la cláusula 11ª por abusiva, no obligar a Movistar a facturar a partir de

entonces sin la subida de precio, que se realizó y se sigue realizando sobre la base de la cláusula 11ª declarada nula.

También advierte que no es cierto que la duración del contrato fuera de un año, sino que era por tiempo indefinido. Un año era el tiempo de permanencia.

Finalmente, a modo de conclusión, el recurso entiende que la cláusula 11ª al ser nula no puede vincular a la Sra. María, debe tenerse por no puesta, y como el contrato es indefinido, Movistar estará "obligada, por contrato, a facturar sin la subida de precio que exceda de 60 euros mensuales, manteniéndose el único servicio contratado por la Sra. María "Movistar Fusión TV para todos".

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

2. Estimación del motivo . El contrato concertado por las partes es un contrato indefinido, en cuanto que no estaba sujeto a plazo de duración, sin perjuicio de que se hubiera pactado un compromiso de permanencia de un año.

Se trata de un contrato de prestación de servicios de telefonía. Cuando fue concertado regía la [Ley 9/2014, de 9 de mayo \(RCL 2014, 657, 699\)](#), General de Telecomunicaciones, cuyo art. 47.1.b) reconocía a los usuarios finales de redes y servicios de comuniones electrónicas una serie de derechos, entre los que se encuentra:

"el derecho a resolver el contrato en cualquier momento. Este derecho incluye el de resolverlo anticipadamente y sin penalización en el supuesto de modificación de las condiciones contractuales impuestas por el operador por motivos válidos especificados en aquél y sin perjuicio de otras causas de resolución unilateral"

La regulación de este y otros derechos se remitía a un real decreto. En aquel momento, era el [RD 899/2009, de 22 de mayo \(RCL 2009, 1090\)](#), por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas. Su art. 9, que lleva por rúbrica "Modificaciones contractuales", dispone lo siguiente.

"1. Los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas sólo podrán ser modificados por los motivos válidos expresamente previstos en el contrato.

"2. El usuario final tendrá derecho a resolver anticipadamente y sin penalización alguna el contrato en los supuestos previstos en el apartado anterior.

"3. Los operadores deberán notificar al usuario final las modificaciones contractuales con una antelación mínima de un mes, informando expresamente en la notificación de su derecho a resolver anticipadamente el contrato sin penalización

alguna".

3. El contrato de telefonía concertado entre las partes contenía una cláusula, la 11ª, que habilitaba a la operadora a realizar modificaciones en los términos del contrato, las prestaciones y el precio. Esta cláusula ha sido declarada nula por no pasar el control de incorporación y, además, por resultar abusiva. Este juicio no puede ser revisado ahora, pues no ha sido impugnado por la compañía demandada.

Ahora se cuestionan los efectos de la nulidad. No hay duda de que la cláusula, una vez declarada nula, se excluye del contrato y no puede ser aplicada. El [art. 83 LGDCU \(RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372\)](#), conforme a la redacción aplicable al caso, fruto de la reforma introducida por la [Ley 3/2014, de 27 de marzo \(RCL 2014, 466, 677\)](#), después de disponer que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas", expresamente advertía que el contrato "seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

Eso supone que, en nuestro caso, la cláusula 11ª declarada nula no puede por sí justificar, a los efectos del [art. 9 RD 899/2009](#), de 22 de mayo, la modificación unilateral de las condiciones del contrato.

Es cierto que el apartado 1 del [art. 9 RD 899/2009](#), de 22 de mayo, admite que los contratos de servicios de telefonía puedan modificarse unilateralmente por la compañía de telefonía. Esta modificación puede alcanzar a las prestaciones inicialmente contratadas y al precio. Pero esta posibilidad debe haberse previsto en el contrato, y en concreto los motivos o causas que lo justificarían. De tal forma que, apoyados en lo convenido por las partes en el contrato de telefonía, que prevé los motivos de la posible modificación, la norma reglamentaria prevé que pueda haber una modificación unilateral del contrato fundada por alguno de los motivos convenidos. Y, en cualquier caso, la compañía está obligada a notificar la modificación con un mes de antelación (apartado 3 del [art. 9 RD 899/2009](#)) y el cliente está legitimado para resolver el contrato anticipadamente y sin penalización (apartado 2 del [art. 9 RD 899/2009](#)).

4. En nuestro caso, como ha sido eliminada del contrato la cláusula que contenía la posibilidad de modificación del contrato y los motivos o causas, falta la habilitación contractual que justificara la modificación del contrato. Por lo tanto, en principio, no estaba justificada la modificación de las prestaciones y el precio del contrato. En consecuencia, la entidad debía devolver lo que hubiera cobrado de más.

Pero lo anterior no significa que el cliente tenga derecho a mantener para siempre los servicios contratados al precio inicialmente convenido, pues eso supondría

convertir la relación obligacional en perpetua, lo que para la jurisprudencia de esta sala no es admisible en nuestro ordenamiento. Así lo recuerda la [sentencia 269/2020, de 9 de junio \(RJ 2020, 1579\)](#), con cita de sentencias anteriores ([sentencias 544/2019, de 16 de octubre \(RJ 2019, 4130\)](#), y [672/2016, de 16 de noviembre \(RJ 2016, 5834\)](#), con cita, entre otras, de las sentencias [9 de octubre de 1993 \(RJ 1993, 8174\)](#), [130/2011, de 15 de marzo \(RJ 2011, 3321\)](#), y [314/2004, de 13 de abril \(RJ 2004, 2619\)](#)):

"El reconocimiento de la facultad de denuncia "ad nutum" o desistimiento en las relaciones obligatorias con duración indefinida o indeterminada se apoya en la idea de que la perpetuidad del vínculo contractual es opresiva y odiosa por ser contraria tanto a la libertad personal como al orden público, a la organización de la propiedad y a los intereses generales de la economía. De ahí la imposibilidad de mantener vinculadas a las partes en relaciones indefinidas que les impongan el deber de realizar prestaciones tal y como, por lo demás, se establece de manera expresa por el legislador para determinadas relaciones obligatorias (arts. 1594, 1705, 1732, 1750 CC, 25 de la [Ley del contrato de agencia \(RCL 1992, 1216\)](#), etc.). De ahí también la imposibilidad de derogar convencionalmente la "denuncia" o el desistimiento "ad nutum" en las vinculaciones que imponen obligaciones de prestar ([art. 1255 CC](#))".

5. La consecuencia de todo lo anterior es que se estima el recurso de casación, se deja sin efecto la parte de la sentencia de apelación que se refiere a los efectos de la nulidad de la cláusula 11ª del contrato de telefonía, en cuanto que la demandante tiene derecho a que la demandada le devuelva el precio cobrado por los servicios de telefonía que excedan del inicialmente contratado, pero carece de derecho a exigir que el contrato se mantenga de forma perpetua, en las mismas condiciones pactadas, pues la demandada tiene derecho a resolver el contrato unilateralmente, con un preaviso de un mes.

TERCERO.

Costas

1. Estimado el recurso de casación, no procede imponer las costas a ninguna de las partes, de conformidad con el [art. 398.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#).

2. La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación en parte del recurso de apelación de la demandante, razón por la cual tampoco procede hacer expresa condena en costas ([art. 398.2 LEC](#)).

3. En la medida en que han sido estimadas sustancialmente las pretensiones de la

demandante, procede imponer a la demandada las costas generadas en primera instancia ([art. 394 LEC](#)).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), esta sala ha decidido

1.º

Estimar el recurso de casación interpuesto por María contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de 20 de septiembre de 2019 (rollo 695/2019), que modificamos en el siguiente sentido.

2.º

Estimar en parte el recurso de apelación formulado por María contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza de 21 de marzo de 2019 (juicio ordinario 997/2018), en el siguiente sentido: partiendo de la nulidad de la cláusula 11ª de las "Condiciones Particulares del Servicio MoviStar Fusión" del contrato concertado entre las partes el 23 de enero de 2015, no discutido en casación, declaramos en su consecuencia que mientras no se resuelva el contrato por alguna de las partes la demandante tiene derecho a que se mantengan las mismas condiciones pactadas, entre las que se encuentra el precio.

3.º

No hacer expresa condena respecto de las costas de casación y apelación. E imponer las de primera instancia a la parte demandada.

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.