



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 2
JVB 117/17

SENTENCIA

En la Coruña a veinte de febrero de dos mil

Ana Barral Picado, Magistrado-juez del juzgado Mercantil nº2 de la Coruña, habiendo visto los autos correspondientes al juicio verbal seguido ante este juzgado con el número referenciado al margen a instancias del Ministerio Fiscal en ejercicio de la acción de cesación en defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios contra ORANGE ESPAGNE, S.A.U. representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Jaime del Río Enríquez y bajo la dirección letrada de D. Carlos Cabado Cabeza, dicta la presente en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante este juzgado fue turnada demanda promovida por el MINISTERIO FISCAL contra ORANGE ESPAÑA, S.A. en ejercicio de las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y protección de consumidores y usuarios y en la que alegando los hechos y fundamentos que luego se dirán, terminaba suplicando que:

1.- Se declare que la conducta consistente en emitir y girar facturas por el periodo completo preestablecido en los casos en que el servicio se haya dejado de prestar antes de que concluya ese periodo es abusiva y por tanto, ilícita.

2.- Se declare igualmente abusiva la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial de los clientes que no abonen las mencionadas facturas.

3.- Se condene a la demandada a que se abstenga de emitir y girar facturas por el periodo completo preestablecido en los casos en que el servicio se deje de prestar antes de concluya ese periodo.

4.- Se condene a que se abstenga e promover la inscripción en ficheros de solvencia patrimonial a aquellos clientes que no abone las facturas emitidas en las circunstancias invocada.

5.- Se le prohíba emitir y girar en el futuro facturas por el periodo completo preestablecido en los casos en que el



servicios se haya dejado de prestar antes de concluya ese periodo.

6.- Se le prohíba incluir en el futuro en ficheros de solvencia patrimonial a los clientes que no las abonen.

7.- Se establezca que los pronunciamientos declarativos de la sentencia afectarán a las personas físicas o jurídicas que incurran en la misma práctica, aunque no hayan sido parte en el proceso.

8.- Se acuerde la publicación de la sentencia con cargo a la demandada en un periódico de difusión nacional

9.- Se comuniquen la sentencia a la Secretaría de Estado para la Sociedad de Información y la Agenda Digital por si procede imponer a la empresa demandada sanciones de carácter administrativo, de conformidad con lo dispuesto en la LGT;

10.- Se condene a la demandada al pago de costas

11.- Se imponga a la demandada la obligación de informar al Juzgado sobre las medidas adoptadas para prevenir la reiteración en el futuro de la conducta litigiosa. La sentencia eventualmente estimatoria debería señalar un plazo para su cumplimiento por la empresa demandada e imponer una multa coercitiva por cada día de retraso en el cumplimiento de la sentencia, y que se fije en la suma de 60.000€ diarios

SEGUNDO.- Admitida a trámite se dio traslado a la demandada emplazándola para contestar, haciéndolo en el tiempo y forma legalmente establecido en sentido de oposición negando que la práctica descrita vulnera la normativa sectorial

TERCERO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales salvo el término para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ministerio público comparece en autos en ejercicio de la acción cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios prevista en el art. 53 TRLDCU derivando su condición de parte legítima de lo previsto en el art. 124 CE, 11.5 LEC y 54 TRLDCU. De conformidad con la primera de las disposiciones citadas "La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas (...)

El Ministerio Público alega que la empresa demandada, que gira en el tráfico jurídico con el nombre comercial de ORANGE o JAZZTEL emite reiteradamente facturas contra los consumidores y usuarios en las que les reclama la cuota correspondiente al periodo completo de facturación previamente determinado (generalmente mensual) a pesar de que el servicio prestado a los clientes haya finalizado antes de que se complete ese periodo; en definitiva, requiere a los consumidores para que abone un servicio de telecomunicaciones que no ha prestado efectivamente en lugar de reducir proporcionalmente la cuota al periodo de tiempo efectivamente consumido.

Se aporta a los autos a los fines probatorios que competen a quien acciona: a) expedientes procedentes del Instituto Galego de Consumo que incluyen facturas emitidas por la compañía demandada en las que reconoce que no prorrateaba la última cuota en el caso de que se solicitara la baja antes de finalizar el periodo de facturación, sino que reclamaban el coste completo de la tarifa mensual contratada con independencia del momento en que fuera tramitada la baja, y laudos arbitrales que estimaron las reclamaciones respectivas; b) reclamaciones de particulares tramitadas ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de la Coruña adjuntando facturas reveladoras de reclamarse el periodo completo de facturación a pesar de que el contrato se había extinguido con anterioridad; c) facturas emitidas por la nueva compañía operadora referida a la misma línea de teléfono y para un periodo de tiempo parcialmente coincidente con el incluido en la factura de la demanda, de modo que los consumidores pagan doblemente por un mismo periodo y servicio; d) reconocimiento de la demandada de facturación indebida y anulación previa reclamación del usuario; e) conminaciones a los clientes en orden al pago bajo advertencia de inclusión de sus datos personales en archivos de insolventes

La autenticidad y valor probatorio de los citados documentos no es impugnada de adverso, considerándose probado la práctica de la conducta descrita

En criterio compartido con el Ministerio Fiscal, este órgano sentenciador considera que la práctica arriba descrita, resulta contraria a la legalidad vigente al tiempo que una



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

práctica abusiva al amparo del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios

El art. 7 del RD 899/2009 de 22 de mayo por el que se aprueba la Carta de los Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicación Electrónica dispone: "El contrato se extinguirá por las causas generales de extinción de los contratos y, especialmente, por voluntad del abonado, comunicándolo previamente al operador con una antelación mínima de dos días hábiles al momento en que ha de surtir efectos.

El operador se abstendrá de facturar y cobrar cualquier cantidad que se haya podido devengar, por causa no imputable al usuario final, con posterioridad al plazo de dos días en que debió surtir efectos la baja.

El procedimiento habilitado por el operador para que el consumidor haga uso de este derecho se ajustará a lo previsto en el artículo 26.2 de este real decreto, garantizando en todo caso al usuario la constancia del contenido de su solicitud de baja en el servicio".

El art. 10 de la misma norma señala que "con independencia de los mecanismos que utilicen los operadores para el acceso a las redes, los procesos de cambio de operador se realizarán, con carácter general, a través de la baja del usuario final con el operador de origen y el alta con el de destino. A los efectos de tramitación de la baja, el abonado deberá comunicarla directamente al operador de origen conforme al procedimiento que figure en el contrato.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, la recepción por el operador de origen de una solicitud válida de cambio de operador con conservación de número implicará la baja con dicho operador de todos los servicios asociados al servicio telefónico identificado por la numeración portada. La baja surtirá efectos a partir del momento en que el operador de origen deje de prestar efectivamente el servicio"

El art. 47.1 de la Ley General de Telecomunicaciones señala que "los derechos específicos de los usuarios finales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas se establecerán por real decreto que regulará: (...) b) 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 (...)

El art. 82.1 TRLGDCU señala que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las



partes que se deriven del contrato. 87.5 TRLGDCU señala que "son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...)

5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado.

En servicios de telefonía, el redondeo - cobro por establecimiento de llamada, más cobro por minutos completos - ha sido considerado como una forma de fijar el precio de forma no transparente y, por tanto, nula (SJM nº 4, Madrid 21-XI-2005: "la tarificación por unidad de tiempo es el lugar común en las tarifas de todas las operadoras. Por lo que es razonable que se exija coherencia con ello, lo que supone cobrar la llamada efectuada por el teléfono móvil por el tiempo efectivamente consumido en ella.

En materia de cálculo de la cuota de préstamos con los consumidores como "una conducta reprobable, en términos contractuales... que... afecta precisamente al anterior requisito esencial previamente pactado por las partes", el interés pactado, que fue lo que tuvo el "carácter decisivo a la hora de decantarse el interesado por una determinada entidad bancaria". Es decir, que la cláusula de redondeo lo que hace es modificar los elementos esenciales del contrato, al modificar el interés pactado por efecto del redondeo"

SEGUNDO.- la STS de Pleno de 24 de abril 2009 establece que "...la inclusión de los datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, a los que se refiere el art. 28 LO 5/1992 (hoy art. 29 LO 15/99), debe efectuarse solamente cuando concurren los siguientes requisitos: ... Existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada.... En cuanto a obligaciones dinerarias se refiere, la deuda debe ser además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable, siendo necesario además el previo requerimiento de pago. Por tanto no cabe inclusión de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza... ". En este mismo sentido el Tribunal Supremo (STS 6-3-13), ha incidido en que "La inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para



buscar obtener el cobro de las cantidades que estiman pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos, evitando con tal práctica los gastos que conllevaría la iniciación del correspondiente procedimiento judicial, muchas veces superior al importe de las deudas que reclaman". Por este motivo, el Tribunal Supremo ha concluido reiteradamente (STS 5-7-04 y 6-3-13), que la inclusión errónea de una persona en un registro de morosos, sin que concurra veracidad, constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor en los términos de la Ley Orgánica 1/1982, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta contra su propia estimación. La inclusión de los datos de clientes en ese tipo de registros es "una práctica bancaria que exige una correcta utilización, por lo que ha de rechazarse cuando se presenta abusiva y arbitraria". Cuando esa inclusión es indebida, por deuda inexistente, ello supone un desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena en la forma señalada en el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, que debe ser indemnizable.

Y en los supuestos que nos ocupan, y desde el mismo momento de las reclamaciones de los clientes afectados ante los entes públicos administrativos de protección a los consumidores de distinto ámbito geográfico, ningún sustento existe que permita afirmar la naturaleza no controvertida de la deuda. Por ello, y atendiendo a la doctrina anteriormente expresada, la inclusión en el fichero por el importe controvertido del compromiso de permanencia, sugiere el empleo torticero de la cesión de datos como medida de presión dirigida a vencer la legítima resistencia del disidente, en lugar de acudir al remedio natural de la tutela judicial.

TERCERO.- la primera causa de oposición invocada es que Orange es tributaria del certificado de calidad de la empresa AERNOR que viene a avalar la calidad de los procesos de la compañía en sus operaciones con los clientes, y de conformidad con la Orden Ministerial IET/1090/2014 aportando a tal efecto el documento nº2 de la contestación demandada.

No se comparte la tesis de la demandada por cuanto la obtención del certificado, la calidad del servicio, y en particular la calidad de la facturación determinada por una medición correcta y no errónea, no prejuzga en modo alguno, la licitud de los parámetros en base a los cuales se computa en términos económicos la medición que es objeto del certificado de calidad.

La Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas aprobada mediante el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, establece además, en relación con todos los operadores de redes o servicios de comunicaciones



electrónicas, un conjunto de obligaciones de calidad de servicio relativas al suministro de información a la Administración y en garantía de los derechos de los usuarios, entre las que se encuentran: la publicación por parte de los operadores, de información sobre la calidad de los servicios que presten y la posibilidad de establecer mediante orden mecanismos para garantizar la exactitud de la facturación realizada, recogidas en el artículo 14 y la establecida en el artículo 8.1 del citado real decreto, de que se precisen en los contratos con los consumidores los niveles individuales de calidad de servicio que el operador se compromete a ofrecer. En este contexto se promulga la Orden IET/1090/2014

Y en el ámbito de la calidad en materia de facturación el art. 18 de la norma señala que Los operadores, a los que se refiere el artículo anterior, -se define el ámbito subjetivo de la norma- deberán implantar, en relación con los servicios referidos en el mencionado artículo, un sistema global de aseguramiento de la calidad de la facturación que abarque al conjunto de equipamiento, datos, procedimientos y actividades utilizados para determinar los cargos por la provisión y uso de dichos servicios de comunicaciones electrónicas con destino a su inclusión en las facturas y documentos de cargo al usuario final, que incluya los componentes recogidos en el apartado 1 del anexo III de esta orden que les sean de aplicación y que cumpla con los requisitos de calidad que se establecen en dicho anexo. En dicho anexo, y a los efectos de comprobar por parte de las entidades auditoras la implantación de un sistema global de aseguramiento de la calidad de la facturación, se describen los componentes típicos más habituales: **a)** Medición y registro del consumo (que comprende la creación y el almacenamiento de registros detallados de llamada); **b)** Transferencia de CDR: desde la salida de elemento de red hasta la entrada del elemento de mediación; **c)** Mediación: adquisición y formateo de mensajes; **d)** Tarificación, incluidas ofertas y descuentos: asigna un precio a cada CDR. A continuación se valoran los cargos y los consumos; **e)** Facturación: la preparación de los archivos para la facturación a los clientes, incluidos los pagos periódicos recurrentes y los pagos puntuales; **f)** Reducción de saldo (prepago): la aplicación de un cargo a través de la reducción de saldo de una cuenta de prepago; **g)** Emisión y envío de facturas: la preparación, impresión y envío o puesta a disposición a los clientes de las facturas o documentos de cargo tanto en papel como en formato electrónico; **h)** Gestión de pedidos: registro de los requisitos de servicio de cliente; **i)** Activación /desactivación de cliente: el proceso de prestar servicio a un cliente o de dejar de hacerlo; **j)** Gestión de reclamaciones: la gestión, identificación, investigación y tratamiento de las reclamaciones de facturación y sobre corrección de cuentas prepago presentadas por los clientes; **k)** Saldos de clientes: la autorización y el abono de los



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

saldos de clientes; **1)** Gestión de tarifas: la puesta en marcha y la publicación de nuevas tarifas y cambios en las mismas.

Se trata en definitiva una certificación que acredita el seguimiento de la orden ministerial, pero que insistimos, no prejuzga que sobre una medición con arreglo a la misma, la decisión comercial final de la compañía sea la de practicar un redondeo a la alza del precio de lectura, cualquiera que sea la lectura misma.

CUARTO.- Se argumenta en segundo lugar que es erróneo el planteamiento del Ministerio Público en cuanto al lucro de la compañía por un servicio no prestado. Se alega en concreto que el servicio de telefonía ha evolucionado con el paso de los años dando paso, con un peso específico y cualificado a la conectividad a internet (datos) de forma que actualmente las compañías ofrecen paquetes que bajo un mismo precio engloban minutos y datos a los que se suman en ocasiones y según la tarifa, telefonía fija, televisión o internet en casa. El cliente abona una cuota fija al mes por el total de prestaciones con independencia de que dichos paquetes se consuman en uno u otro momento del periodo. Es decir, *"el cliente elige un paquete a un precio único asumiendo que el mismo comporta un descuento por volumen y que por tanto, si se consume por encima de los márgenes del producto paquetizado, la facturación debería realizarse por minutos y megas al precio de la tarifa vigente para dichos consumos"*.

Pues bien, lo primero que ha de indicarse es que la facturación por unidad consumida es absolutamente posible atendiendo a la literalidad del argumento expuesto por la compañía, que no sólo eso, sino que además, reconoce expresamente que, posibilita a aquellos clientes, que se dan de alta en el servicio en una u otra tarifa o paquete, durante la vigencia de un periodo de facturación, es decir, sin usar-disfrutar de la totalidad del mismo, el abono únicamente, de una parte proporcional al periodo disfrutado (pag.7 contestación)

Y se dirá que el sistema de facturación por volumen contratado o por capacidad no determina por sí que el usuario no haya consumido toda la capacidad contratada al tiempo de la baja en el servicio, como también, que puede ser que dicha capacidad no se agote o use durante todo el periodo de facturación, lo que evidenciaría el despropósito del sistema de facturación a prorrata que preconiza el Ministerio Fiscal. Pero el argumento de la demandada parte de la falacia de que el Ministerio Fiscal sugiere un método de facturación, cuando nada mas ajeno a lo acontecido en autos, en donde lo único que se interesa es la declaración del tribunal de que la práctica de cobrar la totalidad de la cuota mensual por todo el periodo en que se fracciona la facturación, cuando únicamente se ha usado el



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

servicio una parte de aquel tiempo, por causar baja, supone una práctica abusiva de conformidad con la normativa señalada.

QUINTO.- En último término se dirá que las tarifas Tucán, Colibrí, Canguro, Delfin, etc en que se ha apreciado la práctica contraria a derecho están descatalogadas, mas, al margen de que el dato no resulta suficientemente probado, tal y como resulta de la más documental aportada por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista -facturas referidas a periodos de facturación posteriores a la fecha de presentación de la demanda-, la acción ejercitada resulta idónea por pura definición del texto legal (art. 53 TRLGDCU) "para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato".

La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado, predisponente, a cesar en la conducta, así como a abstenerse de reiterarlas en un futuro (art 53 TRLGDCU). Ha de traerse a colación cuál es la finalidad y configuración de la acción de cesación, como la aquí enjuiciada, y que se concreta en un corolario de pronunciamientos judiciales de los que hemos de reseñar las siguientes:

La Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de enero de 2004, se refiere a las mismas señalando que "... Se trata de acciones que pretenden obtener una resolución judicial que ordene la cesación de una práctica prohibida o contraria a las concretas leyes que recogen la acción y la prohibición por parte de la autoridad judicial de que dicha práctica se repita en el futuro. Eventualmente, a pesar de que la conducta haya cesado en el momento de interponerse la demanda, puede pretenderse la prohibición de su realización siempre que existan indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. Por tanto, comparando preceptos que las regulan, pueden establecerse como notas características comunes a todas las acciones de cesación las siguientes; en primer lugar se dirigen contra conductas que se están realizando en el momento en el que se interpone la demanda o que respecto a las cuales existen serios indicios para temer su reiteración de modo inmediato; en segundo lugar no basta con que la conducta sea genéricamente perjudicial para los consumidores, sino que ha de contravenir la legislación que específicamente contempla la posibilidad de utilizar dicha acción".

La Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2013 dispone que: " El control abstracto que pone en marcha la acción colectiva de cesación permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

ilícitas. Su utilidad se revela para detener comportamientos ilícitos, pero también para impedir el riesgo de repetición de los mismos. El ejercicio de la misma conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (control de legalidad, de incorporación y de abusividad de las mismas)...No debe perderse de vista, sin embargo, que la acción colectiva de cesación no sólo aspira a proyectar efectos para evitar una futura contratación con cláusulas ilícitas (efecto de prohibición) sino que también persigue impedir que se persista en la utilización de las mismas en contratos de pretérita suscripción que todavía tengan vigencia al tiempo de la demanda (efecto de abstención). La estimación de la acción de cesación no sólo entrañaría que el predisponente no pudiera incluir esa condición general en futuros contratos (eliminación de la cláusula) sino que tampoco podrá invocarla para fundar ninguna pretensión jurídica en la fase de ejecución de los contratos anteriores que la incluyeran, pues no podrá seguir utilizándola (abstención de emplearla en lo sucesivo)... Ya que la vocación con la que se elaboran las condiciones generales es la de su continuada utilización en una pluralidad de contratos incumbe al profesional predisponente de las cláusulas el alegar y también probar que ya no existía peligro de continuación en la utilización de las que fueran objeto de la demanda al tiempo de interposición de la misma. De manera que sólo podría rechazarse la acción colectiva de cesación por extemporánea (tardía) si el profesional acreditase que, al referido momento procesal, ya se habría evaporado el riesgo de que pudiera continuarse con la aplicación del clausulado reputado como ilícito. El modo más adecuado de demostrarlo sería justificar que antes del inicio del proceso habría ya renunciado a la utilización del clausulado problemático y no sólo que hubiese dejado de incluirlo en los nuevos contratos sino que además hubiese comunicado de modo expreso a los adherentes a ese antiguo clausulado que ya no ejercería derecho alguno derivado del mismo, a partir de ese momento, en los contratos hasta entonces suscritos... "

La STS de 17 de junio de 2.010 señala que no existe óbice para estimar la acción de cesación en aquellos casos en que, como en el presente, la parte predisponente no hace uso de la condición predispuesta en el contrato de adhesión al tiempo de la presentación de la demanda, pero existe la posibilidad futura de utilización en nuevos productos que puedan surgir al mercado si no se hace un pronunciamiento expreso de eliminación y prohibición de uso, máxime cuando la demandada no manifiesta su compromiso de no uso, se opone a la acción y se limita a señalar que no ha seguido utilizando este práctica, en los términos que resultan objeto de análisis.

Como ilustra la SAP Madrid, Sec. 28ª, de fecha 26-07-2013, en el Fundamento Jurídico Quinto, el control abstracto que pone



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

en marcha la acción colectiva de cesación, en este caso la del artículo 12 de la LCGC, permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales ilícitas y el ejercicio de la misma conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (control de legalidad, de incorporación y de abusividad de las mismas), por lo que también cabe que el juez realice el pronunciamiento correspondiente al respecto.

SEXTO.- Desde la perspectiva de los anteriores parámetros hemos de concluir con que la petición del Ministerio Fiscal se atiene a tales presupuestos y en particular la afectación a una generalidad, cuestión que opone la compañía demandada.

la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª en su Sentencia de 16 de junio de 2005 para ilustrar la comprensión de tan polifacética institución procesal: *«La defensa de intereses colectivos trasciende de la tradicional concepción del proceso civil como medio de resolución del conflicto de intereses particulares y privados, proyectándose en el derecho procesal y sustantivo como instrumento adecuado de tutela y satisfacción de intereses que afectan a una pluralidad de individuos de difícil determinación, tanto en el plano de los demandantes como, en su caso, de demandados, y que, por tanto, precisa de un regulación especial como tales acciones colectivas, en aras a evitar la repetición innecesaria de litigios, aportando seguridad jurídica en el conjunto de relaciones de esa índole, que afectan a los sujetos intervinientes».*

Alegar en consecuencia una supuesta falta de prueba de la existencia de un colectivo de afectados - o únicamente acreditar un pequeño número de supuestos frente un total de diecinueve millones de clientes como se alega en la contestación- no puede excepcionar el éxito de la acción ejercitada, legislativamente concebida para , precisamente, la tutela de los intereses de una pluralidad indeterminada de individuos .

En todo caso, el Ministerio Público justifica y prueba suficientemente la existencia de la práctica declarada abusiva lo largo de todo el territorio nacional, y no podemos entender que a lo largo del escrito de contestación, Orange formule oposición o niegue el hecho mismo de que, en efecto, proceda a la facturación del total del periodo no obstante la baja del cliente durante la vigencia del mismo, aun cuando tan sólo se acrediten en autos, a su juicio, unos pocos casos casos.

Y en base a ellos se ha de afirmar que obran en autos elementos de hecho y derecho suficientes en orden a sostener la afectación del interés general



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

SEPTIMO.- En último término, se cuestiona la pretensión de imponer, en concepto de multa coercitiva, para el caso de incumplimiento del pronunciamiento judicial. Hemos de recordar que el legislador -ex art 711.2 LEC- precisa la posibilidad de imponer una multa coercitiva en la propia resolución y así lo precisa el citado precepto, sin que se tengan que concretar en ejecución de sentencia, tal y como aduce la parte, multa coercitiva que oscilará entre los seiscientos y setenta mil euros por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, peticionando el actor que dicha multa se cuantifique en sesenta mil euros por cada día de retraso en el cumplimiento de la sentencia. Dicha previsión sancionadora, tiene una finalidad de dar efectividad de los pronunciamientos de cesación de la sentencia, entendiéndose este juzgador que la pretensión cuantitativa peticionada es excesiva; a tal efecto, se impondrá una multa coercitiva de sesenta mil euros por cada día que transcurra, a partir de los dos meses siguientes a la fecha de su firmeza de la presente resolución, sin que la demandada haya cesado en la práctica declarada ilícita y abusiva. La cantidad se estima proporcional en atención al volumen de negocio de la citada mercantil teniendo en cuenta la de capacidad técnica de la entidad para el cumplimiento del pronunciamiento judicial en el impás temporal estipulado.

OCTAVO.- Procede la condena en costas de la parte demandada (art. 394.1 LEC)

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda promovida por el Ministerio Fiscal contra ORANGE ESPAGNE, S.A.U. representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Jaime del Río Enríquez y bajo la dirección letrada de D. Carlos Cabado Cabeza, declaro que que la conducta consistente en emitir y girar facturas por el periodo completo preestablecido en los casos en que el servicio se haya dejado de prestar antes de que concluya ese periodo es abusiva y por tanto, ilícita así como la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial de los clientes que no abonen las mencionadas facturas y en consecuencia:

Se condena a la demandada:

- a que se abstenga de emitir y girar facturas por el periodo completo preestablecido en los casos en que el servicio se deje prestar antes de concluya ese periodo



- a que se abstenga de promover la inscripción en ficheros de solvencia patrimonial a aquellos clientes que no abone las facturas emitidas en las circunstancias invocada.

Se prohíbe a la demandada:

- emitir y girar en el futuro facturas por el periodo completo preestablecido en los casos en que el servicios se haya dejado de prestar antes de concluya ese periodo.
- incluir en el futuro en ficheros de solvencia patrimonial a los clientes que no las abonen.



Los pronunciamientos declarativos de la sentencia afectarán a las personas físicas o jurídicas que incurran en la misma práctica, aunque no hayan sido parte en el proceso.

Luego firme la presente será publicada con cargo a la demandada en un periódico de difusión nacional.

Comuníquese la sentencia a la Secretaría de Estado para la Sociedad de Información y la Agenda Digital por si procede imponer a la empresa demandada sanciones de carácter administrativo, de conformidad con lo dispuesto en la LGT;

La demandada informara al Juzgado sobre las medidas adoptadas para prevenir la reiteración en el futuro de la conducta litigiosa en el término de dos meses siguientes a su firmeza con imposición de una multa coercitiva por cada día de retraso en el cumplimiento de la sentencia, y que se fije en la suma de 60.000€ diarios

Procede la condena en costas de la parte demandada.

Notifíquese a las partes con advertencia de que no es firme y de que contra la misma cabe recurso de apelación

Así lo acuerdo, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Sra. Juez que la suscribe habiéndose celebrado Audiencia Pública en el día de su fecha. Doy fe.