

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de DERECHO

**DE “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA”, PRÁCTICAS
COMERCIALES DESLEALES Y ESTRATEGIAS
COMPETITIVAS A LA LUZ DE CIERTOS CONTRATOS CON
OPERADORES MÓVILES EN ESPAÑA**

Una visión holística del asunto

Dr. ANNA MARIA RUIZ MARTIN

Profesora de *International Business Law*

European School of Economics (Madrid)

“Si no hay un árbitro justo que vigile el partido es muy fácil que el partido no sea justo”- Directivos de Pepephone (operadora virtual o de nueva generación).

Resumen: *En el contenido de determinadas “condiciones generales de la contratación” o en los contratos de adhesión de algunas compañías de telefonía móvil, es una práctica común, la inclusión de cierta “cláusula predispuesta” denominada de “permanencia” que por sus características, especialmente su unilateralidad y tras el análisis realizado podrían llegar a considerarse como una cláusula predispuesta abusiva. Por otro lado, podrían además, tener la condición de práctica comercial desleal de tipo “agresivo” según lo establecido en la Ley de Competencia desleal. Se analiza con esto, la todavía falta de mecanismos adecuados entre el reproche de deslealtad y el reproche de abusividad que se hace en el ámbito del Derecho de los contratos de consumo Business to Consumer-B2C así como las diferencias de tratamiento y reproche jurídico dado entre contratos B2C y contratos Business to business-B2B. De otro parte, se observa también si la inclusión de estas cláusulas en los contratos de tipo B2C podría considerarse como una estrategia competitiva que tenga carácter de restricción vertical afectando a la libre y leal competencia en este mercado.*

Palabras clave: *cláusulas de permanencia, contratos de adhesión, cláusulas abusivas, prácticas comerciales desleales, influencia indebida Business-to-consumer, Antitrust, restricciones verticales, Mercado de telecomunicaciones.*

***“Retention Covenants”, Unfair Commercial Practices and Competitive Strategies in the Light of “Standard Form” Contracts with Mobile Companies in Spain:
A Holistic Analysis***

Abstract: *Certain “Preformulate Standard Contracts” (or General Conditions) drafted by Mobile companies of the Spanish Telecommunications Market include within its content, a contentious kind of predisposed clauses: the so-called “retention covenants”. Thus, according to the analysis given, these kinds of clauses can be considered not only of an unfair commercial practice but also as an abusive clause regarding the Unfair Commercial Practices Law and Consumer Contract Law. In this sense, the paper is aimed to stressing the current problems of the still being loophole in the due connection between the Unfair Commercial Practices and Consumer Contract Law and the differences of the legal outcome depending if the retention covenant was set out in a Business to Consumer contract or a Business to Business contract. On the other hand, these practices could be observed as a commercial strategy being a vertical restriction, taking into account that not all the Mobile companies establish these clauses, causing collateral effects in the free and fair competition of this Market.*

Keywords: *retention covenants, preformulate standard contracts, abusive clauses, unfair commercial practices, undue influence, Business-to-consumer, Antitrust, vertical restrictions, Telecommunications Market.*

SUMARIO¹: [I. CONSIDERACIONES EN TORNO AL ANÁLISIS HOLÍSTICO DE LA LEGALIDAD DE LAS “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA”](#); [II. ASPECTOS GENERALES DE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA O “FIDELIDAD FORZOSA” Y DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES](#): 2.1. EL ESTABLECIMIENTO DE LAS “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA”; 2.2. DOS TIPOS DE MERCADO: EL MERCADO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y EL MERCADO DE PRODUCTOS DE ALTA TECNOLOGÍA; 2.3. ASPECTOS RELATIVOS A LA OFERTA/PUBLICIDAD, CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE SUMINISTRO DE TELEFONÍA MÓVIL Y LOS PRODUCTOS CON PERMANENCIA ¿DÓNDE ESTÁ LA BOLITA?: [III. ANÁLISIS DE LAS “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA” EN EL DERECHO DE CONSUMO EUROPEO Y ESPAÑOL COMO POSIBLE “CLÁUSULA ABUSIVA”](#) : 3.1. ¿EXISTE REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LAS “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA” COMO CLÁUSULAS PREDISPUESAS?: 3.2. REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: PECULIARIDADES: 3.3. VALORACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PREDISPUESAS COMO CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS *B2C* SEGÚN LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: 3.3.1. TRATAMIENTO EN LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN; 3.3.2. TRATAMIENTO EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS 3.4. TIPOS DE CONTROL DE INCLUSIÓN: 3.4.1. EL CONTROL *EX ANTE* DE LAS CLÁUSULAS PREDISPUESAS: 3.4.2 EL CONTROL *EX POST* DE LAS CLÁUSULAS PREDISPUESAS: [IV. ANÁLISIS DE LAS “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA” A LA LUZ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL ACTUAL COMO POSIBLE “PRÁCTICA COMERCIAL DESLEAL”](#): 4.1. ENCAJE DE LAS “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA” EN EL CONCEPTO DE PRÁCTICA DESLEAL AGRESIVA DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL: 4.1.1. EL CONCEPTO DE PRÁCTICA AGRESIVA Y LA RELACIÓN CON LA “CLÁUSULA GENERAL” DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL: 4.2.2. EL CONCEPTO DE “INFLUENCIA INDEBIDA” EN EL DERECHO DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES: 4.2. EL DOBLE REPROCHE EN LAS “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA” : RELACIÓN Y DESCOORDINACIÓN ENTRE CUERPOS JURÍDICOS Y SOLUCIONES OFRECIDAS HASTA AHORA: 4.3. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA” EN CONTRATOS *B2C*; [V. ANÁLISIS DE LAS “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA” COMO ESTRATEGIA ANTICOMPETITIVA EN EL DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA EUROPEO Y ESPAÑOL](#): 5.1. LA “CLÁUSULA DE PERMANENCIA” COMO ESTRATEGIA COMPETITIVA Y POSIBLE RESTRICCIÓN DE TIPO VERTICAL: 5.2. JURISPRUDENCIA RECIENTE: [VI. CONCLUSIONES](#); [VII. BIBLIOGRAFÍA](#).

I. CONSIDERACIONES EN TORNO AL ANÁLISIS HOLÍSTICO DE LA LEGALIDAD DE LAS “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA”

Se analiza en este artículo, -desde una visión holística que atiende a varias perspectivas jurídicas-², los problemas que presentan un tipo de cláusulas predispuestas, llamadas “cláusulas de permanencia”. Se establecen en el contenido de ciertos contratos

*Agradezco a los revisores de este artículo los comentarios recibidos y valiosas aportaciones.

² El estudio puede considerarse “global”, porque cada uno de los cuerpos jurídicos que se analiza y sus problemas más concretos necesitan, como es sabido, de un examen mucho más prolijo, no siendo el objeto principal del artículo.

de adhesión del Mercado o sector de las Telecomunicaciones. Estos problemas que se ha considerado que existen en este ámbito, se pueden mostrar desde tres perspectivas: el Derecho de consumo (concretamente en la denominada “contratación en masa” atendiendo a su regulación general y sectorial), el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de la libre competencia, cuestionando la función de estas cláusulas predispuestas que, por cierto, no son establecidas por todos los operadores de telefonía móvil³. Por ello, desde estas líneas se ha considerado que merece atención el hecho que no todos los operadores las incluyan en los contratos y los efectos que se consiguen mediante ellas para los derechos de los consumidores (relaciones *Business to Consumer-B2C*) y otros competidores del mismo mercado (relaciones *Business to Business-B2B*). En este sentido, se ha observado como estrategia comercial entendida como una posible restricción vertical, frente a aquellos operadores que no las incluyen en sus contratos.

En realidad, el examen de estas cláusulas “de permanencia” tiene como objetivo principal, observar la todavía difícil y tensa relación existente entre todos los cuerpos jurídicos que se han mencionado en el párrafo anterior. Todos estos cuerpos jurídicos se han reconocido por algunos autores como el Derecho de mercado (*Market Law*). Lo han denominado así, porque tanto el Derecho de la competencia de la Unión Europea (comprendiendo el Derecho *antitrust* y el Derecho de las prácticas comerciales desleales⁴) como el Derecho de consumo en general (comprendiendo el de contratos), cumplen objetivos comunes en el mercado interior. Sobre todo comparten un objetivo muy concreto: la protección del consumidor y usuario. El contrato además, y por eso tienen relación todos estos cuerpos jurídicos, es un medio por el que de forma actual se compite y se hacen relaciones en el mercado para promocionar bienes y servicios de conformidad

³ En este sentido, se debe traer a colación lo que ya puso de relieve, ALFARO ÁGUILA-REAL acerca de tener en cuenta para el análisis de la posible abusividad de las cláusulas predispuestas si están impuestas por todos los competidores o sólo por algunos de ellos. Así como, algo más importante, que estas cláusulas predispuestas deberán someterse a un control de contenido, por no ser parte de los “elementos esenciales del contrato” (Epígrafe IV), ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Cláusulas negociadas individualmente vs. Condiciones generales o predispuestas”, *Almacén de Derecho*, 26/11/2012, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/11/clausulas-negociadas-individualmente-vs.html>; *id.* “El derecho de las condiciones generales y cláusulas predispuestas”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 99, nº1, 2000, pp.9-32; “Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales”, *Anuario jurídico de la Rioja*, nº4, 1998, pp. 53-70, p. 55.

⁴ El Derecho de la competencia desleal actual, ya denominado como el Derecho de las prácticas comerciales desleales (*Lauterkeitsrecht* o derecho de la lealtad comercial), -debido a los cambios operadores por el legislador europeo en el Derecho interno de los Estados miembros, mediante la Directiva de prácticas comerciales desleales en el año 2005-, tiene un claro enfoque “consumerista”. Todo gira en torno a la protección del consumidor, *inter alia*, GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “La nueva cláusula general en la LCD”, *Autocontrol*, nº154, 2010, pp.14-18.

con la oferta y demanda de cada espacio económico⁵. Esto es, el objetivo principal de estas normas, de una forma u otra, es tutelar a los consumidores como la parte débil de las relaciones que se encuentran en el mercado (de las fuerzas de la oferta-demanda), y por ser el motor necesario para el buen funcionamiento de la libre y leal competencia en las economías de mercado⁶.

Esta relación que les une por el objetivo de tutela a la figura central que es el consumidor, y que debiera encontrar debidos “puentes de conexión”, manifiesta todavía demasiada descoordinación a la hora de establecer correspondencia entre los diferentes reproches jurídicos que pueden merecer, especialmente en las prácticas comerciales desleales nacidas de contrato (MIRANDA/PAGADOR)⁷. En el caso que nos ocupa, sería poder aplicar un doble reproche a las “cláusulas de permanencia” de estos contratos de adhesión entre profesionales y consumidores, de un lado, como “cláusula abusiva”; y, de otro lado, cómo posible “práctica comercial desleal”.

II. ASPECTOS GENERALES DE LAS CLÁUSULAS DE PERMANENCIA O “FIDELIDAD FORZOSA” Y DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.1. El establecimiento de las “cláusulas de permanencia”

⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia”, *ReDCE*, nº5, 2006, pp. 101-120: “El mercado no existe si no hay intercambio de bienes y servicios. Y el intercambio de bienes y servicios no se puede articular si no es a través del contrato. En un mercado que además es libre tienen que existir reglas de competencia para evitar prácticas contractuales colusorias (...)”; FORTUNATO, A., *Clause et pratiques restrictives de concurrence*. Lille, 2016.

⁶ Así se denomina en la doctrina extranjera y consideran que están enfocados todos estos cuerpos jurídicos, por ejemplo, entre otros, BERNITZ, U., “Market law as a legal discipline”, en BERNITZ, U. (editor) *Introduction to Swedish Law*, The Netherlands, 1981; KEIRSBILCK, B., “The Interaction between Consumer Protection Rules on Unfair Contract Terms and Unfair Commercial Practices: Perenicova and Perenic”, *CMLR*, 2013, pp. 247-264; *id.*, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford/Portland/Oregon, 2011; GLÖCKNER, J., “Europäisches Lauterkeitsrecht”, en BARTE-BAVENDAMM, H. Y HENNING-BODEWIG, F., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Munich, 2013, pp. 48-179; *id.*, “Unfair Trading Practices in the Supply Chain, Disparities in Bargaining Power and the Co-ordination of European Contract, Competition and Unfair Competition Law”, *GRUR Int.*, nº 12, 2016, pp. 1106-1120; también en la doctrina norteamericana, como lo pone de relieve, ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, disponible en: https://www.frdelpino.es/wp-content/uploads/2014/10/en_07-ALFARO.pdf, p. 194: “Los autores de la escuela de Chicago consideran que es el bienestar del consumidor, el único objetivo plausible del Derecho antitrust” (la cursiva es del autor); MURRIS, T., “The Interface between Competition Law and Consumer Protection”, *Fordham Corporate Law Institute*, 2002, pp. 1-30.

⁷ MIRANDA SERRANO, L. Y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos”, *Diario La Ley*, Nº 8464, Sección Tribuna, 2015.

Las llamadas “cláusulas de permanencia”, también conocidas como cláusulas de “fidelidad forzosa” tienen relación⁸, con la contratación de determinado tipo de productos que vienen dados por la prestación de un servicio concreto que⁹, sin llegar a ser de primera necesidad, se han convertido en productos y servicios esenciales para el actual funcionamiento de la vida cotidiana. Estos productos son los teléfonos de última generación (conocidos como se denominan en lengua inglesa: *smartphones* aunque también otros dispositivos como *tablets*, *Ipads*, etc).

Se están incluyendo en todos los contratos de adhesión sean de tipo *B2C* o con PYMEs que tienen categoría de contratos *B2B*, atendiendo a los conceptos de consumidor final y profesional de la normativa europea y doméstica vigente¹⁰. No obstante, en este artículo, sólo se considera la posible abusividad y deslealtad de estas cláusulas a la luz de los contratos *B2C*, dado que la jurisprudencia reciente, en especial, la del Alto Tribunal ha considerado que dichas cláusulas en materia de contratos *B2B* celebrados entre PYMEs, como adherentes y los operadores que las imponen no pueden ser reputadas como abusivas¹¹.

La oferta del producto, como se ha indicado, se hace de forma “complementaria” a la prestación de un servicio con tarifa incluida (también fijada por el operador-predisponente), siendo en estos contratos, una línea de teléfono más un paquete de datos de conexión a Internet. Si bien es cierto que desde hace dos años más o menos, el método de la financiación a plazos sin intereses de los productos ha reducido los problemas de las “permanencias”¹², siguen existiendo, porque como se analiza en este artículo, la oferta

⁸ BALLUGUERA GÓMEZ, C., “Integración de las cláusulas abusivas de pena convencional, demora y vencimiento anticipado. La reforma de la integración de cláusulas abusivas en casos concretos”, *Diario La Ley*, nº 8344, Sección Doctrina, 2014.

⁹ Respecto a encontrar “cláusulas de permanencia” en otro tipo de bienes y suministro de servicios, considerados de primera necesidad, se puede hacer mención a que los nuevos contratos de suministro eléctrico, iban a incluir estas cláusulas, <http://www.expansion.com/2014/02/11/empresas/energia/1392140068.html?a=8c4d7487670d7fd85da61231e014346b&t=1392545426>; Finalmente, el Ministerio de Industria, en Marzo de este año 2014, no permitió dicha inclusión. En este tipo de contratos, a diferencia de los que se analizan en este artículo, es que las “cláusulas de permanencia” que se pretendían incluir, si iban a estar reguladas en el contenido del nuevo Real Decreto que regula las condiciones contractuales entre predisponentes del Mercado de la Electricidad y sus adherentes.

¹⁰ *Vid.* Epígrafe III. Aunque este aspecto es harto discutible y está empezando a cambiarse en el Derecho de la UE, no se pondrá de relieve en estas líneas, remitiéndonos especialmente al trabajo realizado por, STUYCK, J., “Do We Need “Consumer Protection” for Small Business at the European level”, en PURNHAGEN Y ROTT, P. (editores), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, nº3, Suiza, 2014, pp. 359-370.

¹¹ *Vid.* Epígrafe V.

¹² Sobre la nueva tendencia en materia de financiación de terminales de última generación o telefonía inteligente puede verse entre otros muchos, el presente blog: <http://www.kuyle.info/2012/10/vodafone->

que se hace sobre el producto de un lado y del servicio de otro, no es clara dado que no se explica bien que ambos conllevan “permanencia” diferenciada.

Se suma, que la “cláusula de permanencia” conlleva una sanción económica establecida mediante “cláusula de pena convencional” por resolución unilateral del contrato, pero sólo para el adherente, con plazos temporales que decide el predisponente en función de lo que cuesta el producto y sus ofertas en las tarifas¹³. Esta sanción económica establecida por el predisponente intenta corresponderse con el precio del terminal que se ofertó al adherente, que puede o no coincidir con la permanencia a la tarifa del servicio prestado a la que también está el adherente sometido.

2.2. Dos tipos de mercado: el mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones y el mercado de productos de alta tecnología

Si se analiza el tipo de mercado en el que se establecen, no sólo debe considerarse la gran competencia existente en el mismo, como factor relevante a la hora de considerar la utilidad y validez o no de estas cláusulas¹⁴. Hay que destacar que el mercado de telecomunicaciones es uno de los más dinámicos y que los productos que se adquieren para consumidor el producto enseguida se vuelven obsoletos. Por ello, muchas veces la penalización económica que impone el predisponente, no atiende a las características del mercado de estos productos de alta tecnología¹⁵.

De otra parte, cabe diferenciar entre el mercado de los prestadores y suministradores del servicio de telefonía móvil y fija (mercado secundario), con el mercado de producción de estos bienes tecnológicos (mercado primario), que estos prestadores del mercado secundario necesitan para poder ofertar sus servicios y en el que

[cambia-la-financiacion-movil.html](#) ; SAMUEL, F., “Vodafone cambia la financiación por el pago a plazos”, 2012, disponible en: <https://operadoras-moviles.com/noticias-telefonía/vodafone-cambia-la-financiacion-por-el-pago-a-plazos/>

¹³ El plazo temporal de sujeción a la permanencia, varía en función del Estado miembro. Según los informes de la Comisión Europea, España el país que más elevado lo ha dispuesto. La Comisión Europea, ya se preocupó en su momento de establecer directrices, aunque no vinculantes, en materia de tarifas de estos servicios, para que los Estados miembros, tuviesen una guía: “Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de mayo, de 2009 sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la UE” (2009/396/CE), *DOUE*, L-124/67, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:124:0067:0074:ES:PDF>

¹⁴ WAKABAYASHI, J.L., “La dura competencia en el mercado telefonía móvil”, 20/04/2015, disponible en: <https://www.esan.edu.pe/conexion/bloggers/el-critico-del-marketing/2015/04/dura-competencia-mercado-telefonía-movil/>, que diferencia ambos mercados sectoriales pero relacionados.

¹⁵ Las características de este mercado, entre las que se incluye su gran “dinamismo” entendido como “celeridad”, y altamente competitivo se resaltan incluso en la jurisprudencia, por ejemplo, SAP de la Sección 2 de Lérida, nº 184/2019 de 3 de abril de 2019, en su FD 6º: “ (...) y es sobradamente un hecho conocido que el sector de las Telecomunicaciones es sector muy dinámico y especialmente competitivo, en consonancia con los avances tecnológicos y el creciente número de teleoperadoras (...)”.

tienen que interactuar con los productores del mercado primario para poder disponer de los productos con los que se presta el suministro del servicio. No obstante, el análisis sólo se centra en que el problema está en el mercado secundario, no en el primario, del que los consumidores pueden disponer estos bienes de forma libre, sin permanencias aunque a un precio mucho mayor en el mercado primario.

2.3. Aspectos relativos a la oferta/publicidad y contratación de servicios de suministro de telefonía móvil y los productos con permanencia: ¿dónde está la bolita?

Como se ha avanzado, el predisponente tiene ya diversas tarifas determinadas que están asociadas al producto tecnológico ofertado para que los adherentes usen el servicio. Tampoco las tarifas y sus condiciones establecidas en el contrato de adhesión son negociables entre las partes y el adherente tendrá que aceptarlas por imposición del predisponente si quiere usar el servicio y el producto contratado. El resultado es que con las “cláusulas de permanencia”, el adherente encontrará limitada su capacidad de elección de forma posterior a la firma del contrato para ejercer su derecho de desistimiento¹⁶.

Ahora bien, cómo se ha dicho, debe hacerse una separación de contratos que el predisponente no hace de forma debida, entre la adquisición del dispositivo y el servicio prestado. Generalmente, el adherente (e incluso presumiendo que es un “consumidor razonablemente informado”¹⁷) presupone que la oferta es una promoción en la que tendrá “más beneficios que pérdidas”, así como que tiene un pack de “todo en uno”. Pero no es así¹⁸. Sobre la presunción que el “consumidor medio” se tenga siempre por informado cabe hacer una valoración crítica del “siempre” con las reflexiones que se establecen a continuación, en relación a cómo se integra la publicidad de los productos en el contrato de suministro del servicio de telefonía móvil.

¹⁶ CALZADA, J., “Telefonía móvil en España: regulación y resultados”, *Cuadernos Económicos e ICE (Dedicado al ejemplar al Análisis Económico de las Telecomunicaciones)*, nº81, 2011, pp. 39-69.

¹⁷ Recordando sobre este particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre qué debe considerarse como “consumidor medio” que debe tenerse en cuenta en los asuntos relativos al Derecho de consumo y de competencia en general, GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La noción de *consumidor medio* según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, nº 17, 2004, pp. 47-81. Especialmente, qué debe entenderse como un consumidor “razonablemente informado” para valorar si realmente la oferta que le hizo el profesional se pueda constituir como una práctica comercial desleal o no.

¹⁸ A modo de ejemplo, son aquellas ofertas que lanzaban antiguamente en este Mercado con los programas de puntos, para fidelizar clientes. El “coste real” es que se vuelve a firmar *ipso facto*, un nuevo contrato de permanencia con el mismo operador, cambiando de tarifa; DELGADO, E., “Permanencia y cláusulas penales en los contratos de telefonía móvil”, <http://cetelem-blog.creditoresponsable.es/enekodelgado/lo-que-nos-une-permanencia-clausulas-penales-y-letra-pequena-en-los-contratos-de-telefonía-movil-2> .

Este aspecto debe ser observado desde lo que se denomina como la “integración de la publicidad en los contratos”¹⁹, en relación a la información sobre el valor de la “cláusula de permanencia” sobre ambos (producto y servicio) mediante dos contratos diferentes que el predisponente presenta como “uno sólo” o no aclara de forma debida. Esto es, la mayor parte de los adherentes no sabe, porque no se le informa de forma clara por el predisponente que cuando se contrata el servicio y ha solicitado también un dispositivo móvil, lo que firma no es sólo un contrato de suministro de servicios sino dos contratos. El adherente firma un contrato de compra venta de bien mueble a plazos (*primer contrato*-relacionado con el producto con que el se suministra el servicio, esto es, el *smartphone*). Por otra parte, otro de prestación y suministro de un servicio de telefonía más la conexión a una red de datos (*segundo contrato*) diferenciado del anterior con otra permanencia distinta²⁰.

Según el artículo 61 apartados 1º y 2º del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y usuarios²¹ (en lo sucesivo, TRLDCU²²) y de forma general

¹⁹ CORRALES GARCÍA, E., “La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad”, *Actualidad Civil-La Ley*, nº 38, 2000, pp. 1399-1416.

²⁰ HERNÁNDEZ COBO, F.J., “La controversia en los contratos de permanencia de telefonía”, *Legal Today*, 2015, disponible en: http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/consumidores_y_usuarios/la-controversia-en-los-contratos-de-permanencia-de-telefonía.

²¹ En relación a lo dispuesto al deber de información establecido en el art. 51 CE y su establecimiento en los textos legales citados *supra*, ZURRILLA CARIÑANA, M.A., “El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios en el nuevo Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios”, *CESCO Estudios de Consumo*, disponible en: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/8.pdf>; artículo 61 apartado 2º del texto reza así: “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, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato”; aclara el apartado 3º del mismo artículo: “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 y publicidad”; el anterior artículo 8 apartado 1º reconocía el valor contractual de la oferta, promoción y publicidad de los productos, un análisis exhausto del recorrido de la integración de la publicidad y los cambios legislativos operados en el Texto Refundido, en los contratos con consumidores en nuestra jurisprudencia en, MONTES RODRÍGUEZ, P., “De nuevo sobre el valor contractual de la publicidad en la compraventa de bienes inmuebles: de la STS de 27 de enero de 1977 a la STS de 20 de noviembre de 2017”, *Rev. Bol. de Derecho*, nº26, 2018, pp. 218-259, esp. pp. 225-230 y pp. 247-250; MIRANDA SERRANO, L., Y PAGADOR LÓPEZ, J., “Últimos desarrollos jurisprudenciales del principio de integración publicitaria del contrato: relevancia negocial de la publicidad más allá de las estrictas relaciones de consumo (STS de 23 de julio de 2013)”, *Ccopyme (Consejo consultivo para la Pequeña y Mediana Empresa)*, disponible en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=69>

²² 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, *BOE*, nº 287, de 10 de Octubre de 2007; de forma general, sobre los cambios más significativos del Texto Refundido, GARCÍA VIDAL, A., “Comentarios al Proyecto de Ley de reforma de la LGDCU: Las prácticas comerciales desleales en el Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”, *Revista CESCO* (Volumen dedicado a la Ley 3/2014, por la que se modifica la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios), nº 9, 2014.

el Derecho contractual, el consumidor tiene el derecho de ser bien informado en todo momento. Este deber de información recae sobre el predisponente que mediante la publicidad que realiza de sus productos y servicios causa en los adherentes, una expectativa²³. Es, entonces, responsable tanto del grado de satisfacción o frustración posterior de los adherentes como consumidores y usuarios, si mediante su publicidad ha “seducido” a estos para que usen sus servicios. La ley citada concede entonces a la oferta, categoría de acuerdo de “precontractual” si gracias a dicha oferta se termina celebrando el contrato²⁴.

Esto es, que la oferta y promoción de los productos (de un lado-*smartphones*) y del servicio de otro (suministro de línea telefónica e internet) tiene un carácter precontractual de gran relevancia. Debería entonces llevarse a cabo con la debida diligencia respetando el derecho de información básico de los consumidores informándoles de los dos contratos. Por ello, la importancia de este aspecto, reside en el hecho que si se considera que la información mediante esta publicidad-oferta no se hizo con la diligencia debida y en base a la buena fe, podría ser considerada también como desleal a la luz de las normas de la publicidad desleal²⁵. Esta información se debe tener por un elemento relevante en los contratos con consumidores, puesto que afecta en cierta medida a las características esenciales del mismo contrato²⁶.

²³ Entendiendo publicidad tal como dispone el artículo 2 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad; Un análisis exhausto sobre la reforma que de la Ley General de publicidad española sobre la regulación de la publicidad y su incidencia en el *marketing* de los productos y servicios, LÁZARO SÁNCHEZ, J. (coordinador), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Navarra, 2009; VIRGÓS SORIANO en su análisis del Derecho contra la competencia desleal, ya estableció que la publicidad es el medio idóneo para alterar las condiciones de competencia en otras direcciones. En este caso, esta alteración sería convencerles de unas promociones que a la larga, no tienen por qué cumplir las expectativas del consumidor/cliente; VIRGÓS SORIANO, M., *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*. Civitas (Estudios de Derecho mercantil). Madrid, 1992, pp. 66-68; LEMA DEVESA, C., “El engaño publicitario al consumidor”, en *Las prácticas comerciales desleales*. CEACCU. Madrid, 2010, pp. 13-25; STS nº 515/2005, Sala 1ª de lo Civil, de 4 de julio (RJ 214\1999) en relación a un asunto sobre acciones por publicidad ilícita y competencia desleal en su FJ1º; “El ilícito publicitario es a la vez un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables (...); ACEDO PENCO, A., “Los efectos vinculantes de la publicidad comercial en la contratación con los consumidores en el Derecho de Nicaragua”, (Estudio comparativo entre el Derecho nicaragüense y el Derecho de consumo español), *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXIX, 2011, pp. 239-266; VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Competencia desleal y publicidad”, en MIRANDA SERRANO, L.M. Y COSTAS COMESAÑA, J. (directores), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons. Madrid, 2018, pp. 40-60, esp. pp.46-49

²⁴ Artículo 20 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 Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, *BOE* nº 287, de 30 de noviembre, corrección de errores, *BOE*, nº 38, de 23 de febrero de 2008.

²⁵ FONT GALÁN, J.I., “La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa”, *Cuadernos de Derecho y comercio*, nº4, 1988, pp. 7-48.

²⁶ MONTES RODRÍGUEZ, P., “De nuevo sobre el valor contractual...”, *loc.cit.*, pp. 234-235.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que si la “integración de la publicidad” de estos contratos y su promoción se hizo de la forma debida, esto es, si los adherentes saben que se han sometido a dos permanencias diferentes (con dos contratos), no cabría la reclamación posterior de responsabilidad al predisponente que integró de forma debida la publicidad en los contratos con los adherentes-consumidores de dicho mercado.

III. ANÁLISIS DE LAS “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA” EN EL DERECHO DE CONSUMO EUROPEO Y ESPAÑOL COMO POSIBLE “CLÁUSULA ABUSIVA”

3.1. ¿Existe regulación específica de las “cláusulas de permanencia” como cláusulas predispuestas?

No existe en la legislación o normativa de corte sectorial del Mercado de telecomunicaciones, regulación que especifique de forma exacta, el contenido de estos contratos de adhesión de telefonía móvil ni sobre las cláusulas predispuestas de permanencia. Tampoco sobre qué tipo de control específico se tenga que llevar a cabo, en el sentido que pudieran conllevar características singulares o diferentes de otros sectores de prestación de servicios²⁷. De esta forma, en lo que la normativa sectorial no se precise, se debe acudir a la normativa general para la generalidad de los contratos de adhesión, que se analiza en los siguientes apartados y diferenciando cuál es la norma que tutela los derechos de los consumidores (contratos *B2C*) de los derechos de otros profesionales que también celebran contratos de adhesión (contratos *B2B*).

Aunque sí existen ciertos artículos de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT) y de la “Carta de Derechos del Usuario de los servicios de comunicaciones

²⁷ HERNÁNDEZ COBO, F.J., “La controversia en los contratos de permanencia...”, *cit.*; Además, el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, la “Carta de Derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas”, *BOE* nº131, de 30 de mayo de 2009, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-8961>, que según su Exposición de Motivos da cumplimiento a la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (Directiva del Servicio Universal), y desarrolla el artículo 38 de la LGT, según su artículo 1 apartado 1º. La “Carta”, estableció en su artículo 7, que este tipo de contratos se regirían en lo que concierne a la excisión contractual por parte del adherente, por la normativa general, en cuanto a las causas que pueden dar lugar a la extinción de los contratos. Aunque este aspecto no es el que se valora aquí, sino su posible consideración de abusivas y desleales, y por ende, tenidas como no puestas. La misma Carta, considera que deben establecerse condiciones de transparencia en las condiciones contractuales y en la calidad del servicio ofertado.

electrónicas”, que contienen ciertas premisas a tener en cuenta, no están relacionadas con el contenido de las cláusulas que deben contener dichos contratos de adhesión²⁸.

3.2. Regulación de los contratos de adhesión, Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas predisuestas: peculiaridades

Los contratos de adhesión o también las condiciones generales de contratación (CGC) que contienen cláusulas predisuestas o no²⁹, donde se pueden categorizan los contratos que se ponen de relieve, son una modalidad especial del Derecho de obligaciones y contratos, especialmente en el ámbito de la “contratación en masa” con consumidores³⁰. Por otro lado, la denominación que hace BALLUGUERA de estos contratos de la contratación en masa, como el “no-contrato”, resalta su gran diferencia con otro tipo de estructuras contractuales. Así, su gran peculiaridad es que quiebran entre otros y cómo más importante, uno los principios generales del Derecho de obligaciones y contratos, la “autonomía de la voluntad”³¹. Se quiebra para una de las partes del contrato, que generalmente ostenta la condición de parte débil, porque no existe negociación del contenido, dado que se establece o predetermina por la parte que ostenta la condición de parte fuerte, el empresario o profesional. Por ello, se considera que las partes se encuentran en situación de “asimetría contractual”³².

Por otro lado, existe un tratamiento diferenciado a la hora de controlar las cláusulas predisuestas y las CGC en los contratos de adhesión o con condiciones generales, dependiendo si el contrato es de tipo *B2C* o de tipo *B2B* y así se pone de relieve en la misma Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC³³) que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/13/CE, del

²⁸ Ley 9/2014, de 9 de mayo, *BOE*, nº114, de 10 de mayo de 2014; HERNÁNDEZ COBO, F.J., “La controversia en los contratos de permanencia...”, *cit.*, en especial, el artículo 47.b.

²⁹ ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Cláusulas...”, *cit.*, p. 60.

³⁰ Un comentario crítico al término “contratación en masa” y su encaje en el ámbito de los Derechos y contratos, BULLARD, G., “Contratación en masa, ¿contratación?”, *Themis*, nº15, 1989, pp. 47-55; OROZCO PARDO, G., Y MORENO NAVARRETE, M.A., “El contrato en el contexto de la unificación del Derecho privado”, *AdD*, nº29, 2011, pp. 115-160, esp. pp. 120-121.

³¹ *Inter alia*, SORO RUSSELL, O., *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Madrid, 2016.

³² BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato no-contrato: enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2006.

³³ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, *BOE*, nº89, de 14 de Abril de 1998; Artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC): “son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las dos partes (...); BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley general para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Pamplona, 2016; ARROYO MARTÍNEZ, I, Y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones generales de la*

Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores (en adelante, Directiva sobre “cláusulas abusivas”)³⁴. Con la transposición incluye en la normativa española, como del resto de Estados miembros, ciertos conceptos europeos dados por la Directiva que se formaron atendiendo a cómo se trataban ya en los Estados miembros, entre ellos, el de “cláusula abusiva en contratos celebrados con consumidores”, en su artículo 3º, apartado 1º³⁵. La Directiva de cláusulas abusivas fue una Directiva de mínimos, tal y como expresa su artículo 8. Permitió a los legisladores nacionales incrementar el nivel de protección dado por la misma, algo que el legislador español realizó. Incrementó el nivel de protección ofrecido estableciendo una tutela doble en contratos *B2C* contra las cláusulas abusivas predispuestas, en contratos celebrados conforme a condiciones generales³⁶: transpuso al ordenamiento español la Directiva en la normativa general (LGC) y aumentó protección especial a los consumidores en el TRLGCU.

3.3. Valoración de las cláusulas predispuestas como cláusulas abusivas en los contratos *B2C* según la normativa vigente

3.3.1. Tratamiento en la Ley General de Condiciones Generales de Contratación

La razón de ser en contratos de adhesión *B2C* es el riesgo que siempre existe en que algunas de las cláusulas predispuestas se conviertan en “abusivas”. Como se ha puesto de relieve en el apartado 3.2., la LCGC tiene un ámbito material amplio, en cuanto se aplica a la generalidad de CGC de los contratos de adhesión, sin diferenciar si son contratos *B2B* o contratos *B2C*³⁷. Y, sin tener en cuenta tampoco que, en ciertos contratos *B2B*, existe muchas veces negociación entre las partes porque no cuentan con el mismo poder de negociación (*bargaining and leverage*) para establecer las CGC que desean, -

Contratación: Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, Modificaciones de la Ley 64/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y la Ley Hipotecaria, Madrid, Tecnos, 1999.

³⁴ Preámbulo de la LCGC; Directiva 13/93/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, *DO L 95*, de 21 de abril de 1993.

³⁵ ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Cláusulas abusivas...”, *cit.*, p. 55.

³⁶ *Ibid.* (ALFARO ÁGUILA REAL), p. 63 y ss. Que observa de forma crítica esta doble tutela.

³⁷ *Vid. v.gr.* sobre las diferencias de tratamiento y protección dependiendo del tipo de contrato, entre la LCGC y el TRLGCU, ALBIEZ DORHMANN, K.J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Civitas, 2009; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Cláusulas no negociadas individualmente”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coordinador), *Comentario ...*, *cit.*, pp. 883-953; ARROYO MARTÍNEZ, I., “Capítulo I. Disposiciones generales”, en ARROYO MARTÍNEZ, I. Y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coordinadores), *Comentarios...*, *cit.*, pp. 22-23, excepto aquellos contratos que excluye de su ámbito material; ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Cláusulas abusivas...”, *cit.*, p. 57, con crítica a esta diferencia en la restricción dependiendo si es una cláusula establecida en un contrato *B2C* o contrato *B2B*.

v.gr., en los contratos entre grandes empresas y pequeñas y medianas empresas (PyMEs)-
38.

El preámbulo de la LCGC explica que por “condición general” se entiende una cláusula que ha sido predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos de forma unilateral³⁹. El carácter unilateral no la convierte en cláusula “abusiva” *per se*. Por eso, la normativa diferencia entre aquellas cláusulas que deben ser consideradas como las CGC y contenido del contrato de adhesión y los requisitos que deben ser tenidos en cuenta para poder considerarlas como “abusivas” tras ciertos controles que se explican en apartados posteriores. Lo que hace a una cláusula predispuesta establecida o no en las CGC de un contrato de adhesión, ser “cláusula abusiva”, es que no cumpla con las exigencias de la buena fé y que vaya en detrimento de los derechos de la parte débil en el contrato que no negoció su contenido, esto es, que sea unilateral⁴⁰. Si se han interpuesto de forma unilateral e incluso aún habiendo informado a la parte en asimetría⁴¹, dado que el hecho que se informe, no implica que no exista presión de parte del predisponente, en cuanto, usualmente si no se aceptan por los adherentes, el contrato no se celebra, como sucede en los contratos de adhesión con los teleoperadores móviles.⁴²

³⁸ Apartado 5.2; STS Sala 1ª de lo Civil, nº1916/2013, de 9 de mayo de 2013; STS Sala 3ª de lo Contencioso, nº819/2019, de 18 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019/819), FD 3º, en relación a lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003 y la posterior, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de comunicaciones que definen el concepto de consumidor (de acuerdo a lo establecido en la normativa europea) como: “cualquier persona física o jurídica que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales”; artículo 3 del TRLGCU: “personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, de oficio o profesión” (añadiendo que lo son también aquellas personas jurídicas que actúen sin ánimo de lucro en el ámbito de una actividad comercial o empresarial”; ARROYO MARTÍNEZ, I., “Capítulo I. Disposiciones generales”, en ARROYO MARTÍNEZ, I, Y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coordinadores), *Comentarios.., cit.*, pp. 33-35.

³⁹ Sólo se aplica la LCGC como se conoce, cuando estas cláusulas predispuestas son incorporadas a una pluralidad de contratos pero no si la misma cláusula se estableciese en un solo contrato; ARROYO MARTÍNEZ, I., “Capítulo I. Disposiciones generales”, en ARROYO MARTÍNEZ, I, Y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coordinadores), *Comentarios.., cit.*, pp. 27 y ss.

⁴⁰ Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 6 apartado 3º del Código Civil y 1300 y siguientes de la misma norma.

⁴¹ *Ibid.* (ALFARO ÁGUILA REAL), pp. 58-59, importa reiterar lo que el autor explica: son aquellas cláusulas predispuestas que tienen contenido desequilibrado incluidas en contratos con consumidores y que se han incluido de forma unilateral.

⁴² Apartado 4.1.2., sobre el uso de la influencia indebida en prácticas comerciales desleales B2C; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones...”, *loc.cit.* en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. Y DIEZ PICAZO, L. (directores), ALFARO ÁGUILA REAL, J. (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones generales de la...*, p.55. El autor diferencia entre los conceptos de condición general, cláusula predispuesta o cláusula no negociada individualmente, para poder plantear, tal como considera, de acuerdo a la Exposición de Motivos de esta ley, si una cláusula tiene carácter abusivo o equilibrado dentro del contenido del contrato debe ser diferenciado del contenido de todo el contrato; BERCOVIZT RODRIGUEZ CANO, R. (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000; DE LA MAZA GAZMURRI, I., “Contratos

Todo ello debe valorarse también según ciertas disposiciones del Código Civil relativas a las obligaciones y contratos⁴³, si las condiciones predispuestas desequilibran de forma desproporcionada al adherente⁴⁴ (en relación al predisponente) o que puedan llegar a ser oscuras o no claras para los adherentes (en cuyo caso su calificación sería también *contra proferentem*⁴⁵) ya pueden adquirir la condición de cláusula abusiva.

3.3.2. Tratamiento en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios

Nos centramos en la protección contra este tipo de cláusulas para contratos de adhesión *B2C*, se hace en el Derecho español, mediante el TRLGCU, en su artículo 82 y siguientes del Título II, Capítulo II⁴⁶, especialmente en su artículo 87, apartado 6⁴⁷. En el mismo, se dispone la prohibición de las “cláusulas abusivas por falta de reciprocidad”. En su apartado 6º, el establecimiento en estas cláusulas de obstáculos excesivamente onerosos o desproporcionados para la parte adherente, entre otros aspectos, como la sanción económica mediante “cláusulas penales” desproporcionadas⁴⁸. En relación a lo dispuesto también en el artículo 68 apartado 1º *in fine* del TRLDCU que dispone que: “serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento”, esto es, la “cláusula penal

por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no sólo el mercado?”, *Revista chilena de Derecho privado*, nº1, 2003, pp. 109-148; ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Cláusulas ...”, *cit.* explica la diferencia terminológica que fue en realidad un problema de aceptación entre el Derecho inglés y alemán que usan *preformulate standard conditions* y el Derecho francés del que emana el término “contrato de adhesión”.

⁴³ En particular, se tienen en cuenta el artículo 1254 del Código Civil y siguientes; el artículo 50 y siguientes del Código de Comercio actual y los artículos 82 a 91 del TRLDCU en cuanto a poder valorar la posible condición de abusividad de las cláusulas predispuestas de un contrato de adhesión.

⁴⁴ Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), “La OCU denuncia a Movistar, Orange y Vodafone por aplicar “injustamente” penalizaciones”, 2013, disponible en: <http://www.ocu.org/tecnologia/internet-telefonía/noticias/protestapp-quejas-operadoras>

⁴⁵ Conocido también como *interpretatio contra stipulatorem*: que viene a significar que la existencia de cláusulas que sugieran oscuridad o impidan una interpretación clara del contrato, no se podrán valorar de forma positiva para la parte que las estableció.

⁴⁶ Así lo establece el mismo Preámbulo de la LCGC: “Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas y de lo que son condiciones generales”.

⁴⁷ El artículo 87 apartado 6 (de conformidad con lo dispuesto en la Directiva sobre “cláusulas abusivas”) reza de la siguiente forma: “Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

⁴⁸ MÉNENDEZ MÉNENDEZ, A. “El proceso...” en MÉNENDEZ MÉNENDEZ, A. Y DIEZ PICAZO, L. (directores), ALFARO ÁGUILA REAL, J. (coordinador), *Comentarios*, *op.cit.* pp. 49-59.

de tipo económico” que conlleva la permanencia a los dos contratos con el operador móvil.

Si el desequilibrio económico tras el intento de desistimiento del adherente, es desproporcionado con el objeto del contrato, la consecuencia sería tenerla por “no puesta” o nula de pleno derecho. Aunque sin por ello, tener que declarar nulo el resto del contrato, según el artículo 6 de la Directiva de cláusulas abusivas y, de nuevo, el artículo 10 de la LCGC⁴⁹.

3.4. Tipos de control

La normativa precitada establece que existen dos tipos de control (formal-inclusión⁵⁰ y material-de contenido⁵¹) a tener en cuenta en el examen que valora la condición de “cláusula abusiva” a las cláusulas predispuestas. El “control” *ex ante*, y el realizado *ex post* de la aceptación del contrato sobre su contenido afectando a la validez del contrato que puede ser parcial o total, como se explica a continuación, es el que se reserva a los contratos con los consumidores (esto es, en contratos *B2C*)⁵².

De forma diferente, el único control que cabe para las mismas cláusulas pero en contratos *B2B*, es el de inclusión o control formal, aunque a efectos de este artículo no es necesario profundizar en el mismo⁵³.

3.4.1. El control *ex ante* de las cláusulas predispuestas

⁴⁹ Considerando 19 de la Directiva 13/93/CE: “Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”; STJUE Asunto *Banco Primus S.A. c. J. G. G.* (C-421/14); artículo 10 LCGC, en su apartado 2º en relación al artículo 1258 del CC; GARCÍA VICENTE, J.R., “Derecho de desistimiento” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coordinador), *Comentario ... cit.*, pp.845-881.

⁵⁰ Artículo 5 de la Directiva de cláusulas abusivas.

⁵¹ Artículos 2, 3, 4 y 5 de la Directiva de cláusulas abusivas.

⁵² De esta forma, las CGC son la base que establecerá el contenido y según lo establecido en la LCGC tienen que tener unas determinadas características que están sometidos a control como dispone el artículo 5 LCGC (Requisitos de incorporación); de forma proiija, MORALES QUINTANILLA, C.R., *Condiciones Generales de los Contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2014, pp. 267-396, y, especialmente, en relación a las cláusulas penales, pp. 309-314; FELIÚ REY, M.I., “Artículo 5. Requisitos de incorporación”, en ARROYO MARTÍNEZ, I, Y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coordinadores), *Comentarios...*, cit., pp. 54-62, esp. pp. 61-62.

⁵³ SAP de Barcelona, Sección 1ª, nº2585/2019, de 22 de marzo de 2019, FD 2º “Sobre las Condiciones Generales de la Contratación”; CAÑIZARES LASO, A., “Control de incorporación y transparencia de las Condiciones generales de la contratación”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, nº3, 2015, pp. 67-105.

El control *ex ante* que corresponde a los Encargados de los Registros de Bienes Muebles y es un control de inclusión en el que se tendrán en cuenta las características formales de estos contratos, puesto que el control de los elementos esenciales se ha reservado al control de transparencia⁵⁴. Este control puede llegar a determinar la no inclusión de aquellas cláusulas que no consideren respetuosas de los derechos de los adherentes⁵⁵. No obstante, se considera un control complejo en el ámbito de los contratos *B2C*, especialmente porque los adherentes no están presentes o no pueden estar presentes en el Registro correspondiente, cuando el predisponente inscribe los contratos tipo de adhesión celebrados con los adherentes. Es más, si se atiende a que esta contratación se suele realizar vía telefónica con el operador de telefonía móvil, y puede accederse a las CGC y al contrato en la página *web* del operador, estando además el contrato ya está debidamente inscrito en el Registro de Bienes muebles correspondiente.

Si durante este control el encargado del Registro considera que no se deben incluir algunas de las cláusulas predisuestas de su contenido esencial o particular, ofrece una facilidad añadida. Esta facilidad se resume en que dicha cláusula se tendrá por no puesta desde su inscripción en el Registro, con lo que no podría producir efectos al adherente sin tener que anular el contrato en su totalidad (cómo se ha puesto de relieve en el apartado anterior *in fine*).

3.4.2. El control *ex post* de las cláusulas predisuestas

A lo largo de la historia legislativa del Derecho de consumo, han existido siempre ejemplos de contratos de adhesión y CGC de tipo *B2C*, que incluyen en su redacción cláusulas que no han llegado a la consideración de “abusivas”, hasta que no hace de ella una interpretación posterior del contrato mediante el control judicial del contenido de estos contratos⁵⁶. Como regla general, el control judicial o control *ex post*,

⁵⁴ *Vid.*, Artículo 11 LCGC “Registro de Condiciones Generales”. Sólo se examina mediante este control, si las cláusulas (CGC) en contratos de adhesión *B2B* cumplen las exigencias de claridad, concreción y sencillez legalmente establecido; en relación a la protección de consumidores, la Directiva sobre “cláusulas abusivas” en su artículo 4 estableció que no se podían someter al control de contenido de abusividad, las cláusulas predisuestas relativas al objeto principal del contrato (art. 4 apartado 2º).

⁵⁵ Real Decreto 1888/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el “Reglamento del Registro de Condiciones generales de la Contratación”, *BOE*, nº 306, de 23 de diciembre de 1999, pero con aplicación del mismo Real Decreto a partir del 23 de febrero de 2000. El artículo 14, del citado texto legal, establece que el Encargado de este Registro debe hacer un control de las Condiciones generales que se pretenden inscribir, conforme también a lo establecido en el artículo 4.

⁵⁶ Por ejemplo, la ahora tan analizada “cláusula suelo”. Si nos paramos a reflexionar sobre el *iter* de la misma, nos daremos cuenta de todo el trayecto que ha recorrido para que sea considerada, finalmente, como una “cláusula abusiva”.

es el control más adecuado para la protección de consumidores y usuarios, siendo un control que debe ser realizado de oficio⁵⁷.

Los jueces deben someter a revisión aquellos contratos de adhesión *B2C* que se les presentan para poder valorar si las cláusulas denunciadas son “abusivas”. Este análisis se hace de conformidad, en primer lugar: con la Directiva de cláusulas abusivas y la lista Gris (Anexo I) que es indicativa (no exhaustiva), con cláusulas que deben ser tenidas siempre como “cláusulas abusivas”⁵⁸. Segundo, con la normativa de protección a los consumidores, especialmente el artículo 82 y siguientes del TRLGCU. Si la cláusula no está contenida en dicha Lista, entonces los jueces deberán recurrir a los criterios siguientes para hacer el control que es obligatorio que realicen.

Los criterios usados en base a la jurisprudencia del TJUE y su interpretación de la Directiva de cláusulas abusivas que siguió en parte el modelo jurisprudencial adoptado previamente por el Tribunal Supremo alemán, otorga tres características clave en todo tipo de cláusulas predispuestas para valorar si son abusivas: 1º que rompan el equilibrio contractual; 2º que quiebren la consideración de los intereses del contratante al que se impuso y, 3º que no cumplan la esencia de los derechos y deberes contractuales de la parte en asimetría contractual (como puede ser el derecho de información o el derecho de desistimiento sin penalización)⁵⁹.

⁵⁷ GONZÁLEZ GARCÍA, S., “El control de oficio, un ataque frontal al principio dispositivo del proceso civil: ¿Hacia un proceso especial de consumidores?”, *Diario La Ley*, nº 9100, Sección Doctrina, 2017: “ (...) la jurisprudencia del TJUE ha introducido la obligación de los jueces nacionales de controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas”. Siendo un deber, más que una facultad, de acuerdo también como analiza el autor a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No obstante, existe un problema entre el principio dispositivo que impera el proceso civil al que están sometidos estos procedimientos y el carácter de normas imperativas que regulan los derechos y protección de los consumidores. Por ello, el autor considera que sería necesario en el ámbito procesal crear un proceso civil especial en el ámbito de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

⁵⁸ Así por ejemplo lo establece el TJUE en su Sentencia de 14 de marzo de 2013 (C-415/11), relativa al examen de la cuestión prejudicial que emitió el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona sobre la posible incompatibilidad de nuestra legislación actual en el procedimiento judicial de ejecución de bienes hipotecados y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, véase por ejemplo el párrafo 66 del asunto ; un análisis de dicha sentencia y la abusividad de tales cláusulas en, ACHÓN BRUNÉN, M.J., “Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013”, *Diario La Ley*, 2013.

⁵⁹ Sobre esta Doctrina alemana, acogida por nuestro Alto Tribunal en materia de cláusulas abusivas; CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Septiembre de 2014 (3909/2014). El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación)”, *BOE Doctrina*, pp. 201-221, disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-

[11 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo \(](#)

IV. ANÁLISIS DE LAS “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA” A LA LUZ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL ACTUAL COMO POSIBLE “PRÁCTICA COMERCIAL DESLEAL”

4.1. Encaje de las “cláusulas de permanencia” en el concepto de práctica comercial desleal agresiva del artículo 8 de la Ley de Competencia desleal española

4.1.1. El concepto de práctica comercial agresiva y la relación con la “cláusula general” de la Ley de Competencia desleal

En este apartado, se valora la inclusión de estas cláusulas como una posible práctica comercial desleal de tipo *B2C*. Para ello, habrá que determinar en primer lugar, qué tipo de práctica comercial desleal es dentro del elenco que se establece, de forma actual, por incidencia de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (DPCD), en la Ley de competencia desleal española (LCD)⁶⁰.

Atendiendo a los tipos de prácticas comerciales desleales que están tipificados por las características que presentan, se considera que las cláusulas de permanencia por sus características, pueden ser catalogadas como práctica comercial desleal de tipo agresivo⁶¹. Las prácticas comerciales que pueden tener connotación de desleales ora sean *B2C* o *B2B*, de acuerdo a nuestra LCD, pueden ser realizadas antes, durante y después del contrato, en relación a lo dispuesto en el artículo 2.3 LCD⁶²). Por ello, cabe su análisis en el ámbito contractual, como se realiza en estas líneas.

[cr%EDtica y reconducci%F3n hacia el control de incorporaci%F3n](#)); ACOSTA RODRÍGUEZ, J. Y JIMÉNEZ VALDERRAMA, F., “Elementos de Derecho europeo para la caracterización de cláusulas abusivas en la contratación”, *DIKAION*, año 29, vol. 24, nº1, 2015, pp. 12-35.

⁶⁰ Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales en las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre prácticas comerciales desleales), *DO* L149, de 11 de mayo de 2006 (DPCD).

⁶¹ Y que parece que la jurisprudencia española también ha encajado a las permanencias, en este tipo de prácticas comerciales desleales. En el asunto YOIGO y sus franquiciados, *AJM* de Santander, Sección 1ª, nº73/2018, de 10 de mayo de 2018, FD 1º.

⁶² *Vid.*, apartado siguiente 4.1.2; Sobre las características de las prácticas comerciales desleales agresivas antes y después de la transposición de la DPCD, DÍEZ BAJO, A., en “Artículo 8: prácticas agresivas”, en LEMA DEVESA, C. Y PATIÑO ALVES, B., (editores), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores (Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009)*, Barcelona, 2012, pp. 205-226; MASSAGUER FUENTES, J., “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Actualidad jurídica Uría-Menéndez*, nº27/2010, pp.18-32, disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2755/documento/art01.pdf?id=2542>; *id.*, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006; también, GARCÍA PÉREZ, R., “La reforma del Derecho contra la competencia desleal: ¿hacia el Derecho de la lealtad?”, en GÓMEZ SEGADÉ, A. Y GARCÍA VIDAL, A. (directores), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro homenaje al Prof. Dr. D. Carlos FERNÁNDEZ NÓVOA en su octogésimo cumpleaños)*, 1ª ed., Madrid,

Cuando establecemos el vínculo contractual con nuestro operador de telefonía móvil mediante el contrato de adhesión, así como el contrato que existe de “compra venta de bien mueble a plazos”, sutilmente incluido en el clausulado del mismo contrato de suministro del servicio), nos encontramos en una posición de desventaja. *Primero*: de nuevo, por el carácter unilateral de la cláusula. *Segundo*: por la presión que ejerce el predisponente, no sólo por la inclusión de la penalización a la hora de ejercer el derecho de desistimiento, -asegurado el compromiso forzado del adherente y sometándolo a penalización económica de dos contratos que no sabe que firma-, sino también porque si se no se acepta, no se llegará a perfeccionar el contrato. Siendo uno de los elementos que se ofrece en las prácticas comerciales desleales de tipo agresivo: la “influencia indebida”⁶³.

Si no tuviese encaje en ninguno de los ilícitos concurrenciales de tipo desleal de la LCD, podría valorarse su inclusión en la “cláusula general” de la misma, establecida en el artículo 4 de la LCD (adaptado del artículo 5 de la DCPD), siempre y cuando concurran dos elementos⁶⁴. Estos dos elementos son los siguientes: 1. Que la práctica comercial desleal no tipificada de forma expresa vaya o haya ido en contra de la “diligencia profesional” debida del empresario. Dicha diligencia es entendida como los cuidados que ha de tener el profesional en sus relaciones con el consumidor atendiendo a las prácticas honestas del mercado y los niveles de competencia⁶⁵; y, 2. que haya distorsionado o pueda distorsionar el comportamiento económico del consumidor en el mercado o del nivel del consumidor medio del mercado donde se ha dado, atendiendo a

2010, pp. 323-329; Es necesario también ponerlo en relación con lo establecido en la modificación del año 2015 del TRLGCU, que relaciona su nuevo artículo 20.2 con el artículo 7 de la LCD, anteriormente relacionado con el artículo 21.2 de dicha ley; GARCÍA VIDAL, A., “Comentarios...”, *cit.*

⁶³Secciones 4.1.2 y 4.2. ; artículo 8 de la LCD reza así; “se considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. A estos efectos, se considerará *influencia indebida* la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso”.

⁶⁴SJM de Ibiza, Sección 1ª, de 22 de febrero de 2018, nº393/2018, FD 2º, sobre la concurrencia o no de la cláusula general con los otros ilícitos concurrenciales de tipo desleal. La cláusula general está reservada a ilícitos o prácticas comerciales desleales que no están incluidos en el articulado, haciendo un repaso de la mejor doctrina y jurisprudencia del Alto Tribunal en este aspecto.

⁶⁵Sobre el tratamiento de la diligencia debida tras el cambio operado por la DPCD, por todos, GARCÍA PÉREZ, R., “La diligencia profesional: un nuevo concepto clave del Derecho contra la competencia desleal”, *AFDUC*, nº14, 2010, pp. 23-37; RUIZ PERIS, J.I., “El laberinto de la “cláusula general” de la Ley de Competencia desleal”, *ADI*, t. 30, 2009-2010, pp. 435-454, p. 448.

si la misma se ha dirigido a un grupo de consumidores (se tutelan los intereses colectivos de los consumidores).

4.1.2. El concepto de “influencia indebida” en el Derecho de las prácticas comerciales desleales

Una de las condiciones que establece el artículo 8 de la LCD y que será determinante para considerar la práctica comercial como agresiva es que se haya realizado mediante el uso de acoso, coacción, o el uso de la *influencia indebida* atendiendo al caso por caso, como estableció el Considerando 7º de la DPCD⁶⁶. Este concepto debe entenderse como autónomo o europeo igual que el que se analizó de “cláusula abusiva” y “práctica comercial desleal agresiva”.

No se debe relacionar con el uso de la fuerza física o la amenaza con el uso de misma, puesto que no es requisito *sine qua non* para entender que hubo “influencia indebida” o presión. Es más, la influencia, al margen de su licitud, porque puede ser lícita, lo que comporta es que haya existido alguna forma de forzar o condicionar la voluntad del consumidor y distorsionar su comportamiento económico, un miedo infundado⁶⁷. Esto es, puede hacerse mediante presión, por ejemplo: “si no firma esta cláusula, no se perfecciona el contrato” “si no acepta usted estas condiciones, no podemos proceder a prestarle el servicio de ninguna forma” (que es lo que suele suceder). Según el Abogado General (AG) sr. CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, en un reciente asunto llevado ante el TJUE contra *Orange Polonia S.A.*: “una práctica comercial si examinada en su contexto de modelo contractual, mermara significativamente la libertad de elección del consumidor, mediante una “influencia indebida” hecha valer con éxito por el comerciante frente a aquél, se trata de una práctica comercial agresiva”.

⁶⁶ Conclusiones del AG sr. Campos Sánchez Bordona, de 30 de enero de 2019, asunto *Orange Polska S.A.* (C-628/17), párr. 35 *et seq.*: “El Considerando 7º de la DPCD es taxativo cuando enuncia que deberían tenerse plenamente en cuenta las circunstancias de cada caso” en relación al artículo 8 de la DPCD que establece que para que una práctica comercial pueda considerarse de agresiva es imprescindible examinarla “teniendo en cuenta todas las características y circunstancias”, puesto que las únicas prácticas comerciales desleales que merecen en todo caso de dicha consideración son sólo las establecidas en la llamada “Lista Negra” (Anexo 1º) de la DPCD (atendiendo a la redacción del art. 5 apartado 5 DPCD); también, el Considerando 16 de la DPCD condiciona la existencia de una práctica comercial desleal de tipo agresivo a la existencia de ciertos aspectos y la “influencia indebida”.

⁶⁷ SJM de Ibiza, Sección 1ª, de 22 de febrero de 2018, nº393/2018, FD 2º: “(...)La prohibición de este tipo de conductas está sujeta a un principio de *minimis*, porque el artículo 8 tan sólo es aplicable cuando el acoso, la coacción o la influencia indebida mermen o puedan mermar *de manera significativa* la libertad de elección del consumidor” (la cursiva es del texto).

Este contexto debe entender que es cierto que un modelo de contratos celebrados a distancia, relativos a la prestación de servicios de telecomunicaciones, con arreglo al que el consumidor ha de tomar la decisión definitiva sobre una transacción en presencia de mensajero que lee el contrato-tipo (de adhesión) por teléfono, aún pudiendo acceder a las CGC de este contrato de adhesión en la *web* del predisponente, no constituye *per se* una práctica comercial agresiva, pero sí cuando hubo presión o manipulación por el poder ejercido por el predisponente que le impone la cláusula de forma unilateral⁶⁸. Ofrece dos elementos a destacar, relacionados con la *posición de poder*, para valorar la verdadera “influencia indebida” atendiendo al contexto contractual o práctica comercial con el consumidor: 1. Explotación de posición de poder que permite al comerciante menoscabar la libertad del consumidor al adquirir el producto; 2. Posición de poder en la que se encuentra el comerciante, que una vez celebrado el contrato puede reclamar la contraprestación a la que ha obligado al adherente⁶⁹.

Se podría valorar que en estos supuestos, el uso de la “influencia debida” es la utilización de la misma “cláusula de permanencia” tanto en el producto como en el servicio ofertado, condicionando el comportamiento del usuario que sabe que el cambio de operador si lo desea en cualquier momento, está condicionado a una penalización.

Este hecho le constriñe de querer llevar a cabo su derecho de desistimiento del contrato, produciendo un efecto disuasorio inverso. Algo que quizás sí haría si no existiese dicha sanción de tipo económico atendiendo a la alta competencia en este Mercado de Telecomunicaciones⁷⁰.

4.2. El doble reproche en las cláusulas de permanencia: relación y descoordinación entre cuerpos jurídicos y soluciones ofrecidas hasta ahora

El acervo de normas del Derecho de consumo europeo se complementa entre sí y la jurisprudencia del TJUE cada vez muestra más esta relación de complementariedad pero no igualdad, en los diferentes aspectos que tutelan en el ámbito del Derecho de

⁶⁸ Conclusiones del AG sr. Campos Sánchez Bordona, de 30 de enero de 2019, asunto *Orange Polska S.A.* (C-628/17); STJUE (Sala Quinta), de 12 de junio de 2019, asunto *Orange Polska* (C-628/17).

⁶⁹ Conclusiones del AG sr. Campos Sánchez Bordona, de 30 de enero de 2019, asunto *Orange Polska S.A.* (C-628/17), párr. 47; párr. 51 y párr. 52, ofrece los tres elementos para considerar que existe “influencia indebida”; GARCÍA PÉREZ, R., “El concepto...”, *cit.*

⁷⁰ Sobre el significado reforzado de lo que debe entenderse en la DPCD, por “influencia indebida”, se recomienda la lectura de la “Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables” (2011/2272 (INI)), *DOUE*, 2012, C 264 E/11, que hace hincapié en la vulnerabilidad del consumidor, el cual no tiene una voluntad totalmente formada.

consumo y salvaguardando la todavía laguna entre reproches⁷¹. La Directiva sobre “cláusulas abusivas” debe ser puesta en relación con la Directiva de prácticas comerciales desleales en materia de protección al consumidor y de relaciones comerciales *B2C* (parte de lo que se ha denominado el *Fitness Check* de Consumo⁷²) pero diferenciando la función de cada una de las Directivas⁷³. Esto es, que la existencia de una práctica comercial desleal no implica que automáticamente se considere una cláusula contractual como abusiva y viceversa.

Ahora bien, y aunque el legislador europeo estableció que la DPCD no implica la existencia de consecuencias contractuales, según el art. 3 apartado 2º de la DPCD⁷⁴, y el concepto autónomo que ofrece la DPCD de “práctica comercial” de su artículo 2 apartado k⁷⁵ y lo que se traspuso al ordenamiento español, en su artículo 2 apartado 3º⁷⁶,

⁷¹ Aunque en el ámbito de las cláusulas suelo en materia de Derecho hipotecario, debe ser trasladable a estas cuestiones analizadas, así, algunos ejemplos: STJUE (Sala Primera), de 15 de marzo de 2012, asunto *Pereničová* (C-453/13); Conclusiones del AG sr. Wahl, de 21 de marzo de 2018, asunto *BANKIA* (C-109/97); KEIRSBILCK, B., “The Interaction...”, *cit.*

⁷² Sobre esta reconocida relación entre cuerpos jurídicos puede consultarse, *European Commission*, “Summary results of the public consultation for the *Fitness Check* of EU Consumer and Marketing Law”, 12/09/2016, disponible en: http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=31689; BERNITZ, U., Y HEIDE-JØRGENSEN (editores), *Marketing and Advertising Law in a Process of Harmonization*, Oxford/Portland, 2017.

⁷³ Uno de los motivos es que la armonización del Derecho de consumo no se ha hecho de forma máxima, dado que unas Directivas son de mínimos (Directiva sobre cláusulas abusivas) y otras de máximos (DPCD), dada la dificultad de poder armonizar de forma absoluta el Derecho de obligaciones y contratos en la UE, REICH, N., “A European Contract Law or and EU Contract Law Regulation for Consumers?”, *Journal of Consumer Policy*, nº28, 2005, pp. 383-407 esp. p. 400.

⁷⁴ Así mismo debe ponerse en relación con el Considerando 15 de la DPCD y el Anexo II de la DPCD (Disposiciones del Derecho comunitario que establecen normas relativas a la publicidad y a las comunicaciones comerciales); y, por ende, con lo analizado sobre la integración de la publicidad en los contratos (apartado 2.3).

⁷⁵ Por todos, DUROVIC, M., *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*. Hart Publishing. Oxford, 2016, pp. 18-19, que aunque sea reconocida esta relación, la explicación que ofrece el autor es que la explicación del reconocimiento pero todavía descoordinación entre cuerpos jurídicos obedece a razones de política legislativa en la UE. Los Estados miembros no consideran el Derecho contractual como una ramificación del Derecho privado, sino como parte de la identidad y orgullo de sus tradiciones jurídicas a las que no están dispuestos a dejar a un lado, a favor de una armonización total. No obstante, se repite que este análisis nos aleja del objeto de este artículo.

⁷⁶ *Cfr.* Art. 2 apartado 3º de la Ley 29/2009, de Competencia desleal: “La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados *antes, durante y después* de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no”; (la cursiva no es del texto); artículo 2.j de DPCD. E incluso la “invitación a comprar” (contrato de venta de bien mueble a plazos del *smartphone*, si se contrata el producto), establecida en el artículo 2.i.; Primer informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre prácticas comerciales desleales”), Bruselas, 14 de marzo de 2013, COM (2013), 139 final, esp. pp. 5-6; DUROVIC, M. *European...*, *cit.*, pp. 66-67, que ofrece tres elementos para saber cómo pueden ser relacionadas las normas sobre lealtad comercial o prácticas comerciales desleales y el Derecho de consumo.

como se ha adelantado, podrá ser considerada como práctica comercial desleal toda práctica que se haya realizado “*antes, durante y después* de una operación comercial o contrato” (la cursiva es añadida). Esto es, que el test de deslealtad no se supedita a ningún momento concreto de realización de los contratos de consumo o entre profesionales, sino que puede realizarse cuando se detecte que pueda existir dicha práctica comercial desleal.

En principio y atendiendo a lo anterior, en relación a los principios generales del Derecho (PGD), da lugar a que *lex specialis derogat generalis*, sería aplicable el reproche contractual como cláusula abusiva aunque pueda existir también un reproche como práctica comercial desleal. Esto se ha explicado por la jurisprudencia porque las actuales sanciones que ofrecen las normas contra las prácticas comerciales desleales nacen de contravenir deberes de conducta y no de deberes nacidos obligaciones de tipo contractual, por lo que las normas contractuales tienen capacidad suficiente para corregir los fallos del mercado en relación a la información asimétrica en este aspecto⁷⁷. En contra de esta opinión, la doctrina alemana y otros autores españoles que denuncian lo que ponemos de relieve, la falta adecuada de conexión, da lugar a problemas en la sanción debida. Esto es, una práctica comercial desleal puede escapar al reproche de deslealtad si sólo se aplica el reproche contractual y viceversa⁷⁸.

No obstante, en el asunto *Orange Polonia S.A.*, mencionado antes, el AG sr. CAMPOS, lo clarifica así: “Justamente porque la celebración del contrato implica la asunción de determinadas obligaciones que la contraparte puede legítimamente exigir en justicia, la DPCD tutela la libertad del consumidor para contratar con conocimiento de

⁷⁷Conclusiones del AG sr. Wahl, de 21 de marzo de 2018, asunto BANKIA (C-109/97), párr. 61 *et seq*; SUÑOL LUCEA, A. “Incumplimiento de la prohibición de competencia y competencia desleal”, Almacén de Derecho, 2016, disponible en: <http://almacen-dederecho.org/incumplimietno-de-la-prohibición-de-no-competencia-y-competencia-desleal/>. Donde la autora analiza una interesante sentencia de la Audiencia Provincial en la que la misma establece que la infracción de compromisos convencionales es una conducta que puede ser corregida por las normas contractuales y que la finalidad de las normas de competencia desleal desborda los intereses particulares de quienes se encuentran vinculados por una relación contractual (*inter alia*, SAP Madrid, Sección 28, 10854/2015, de 24 de mayo de 2015). No obstante, en la jurisprudencia europea, hay que atender que el TJUE si consideró que se puede declarar como nula una cláusula que sea abusiva atendiendo a los elementos de deslealtad que existen en las normas de la DPCD para valorar estas prácticas como desleales, aunque no incidan sobre la declaración de validez del contrato y su contenido, STJUE (Sala Primera), de 15 de marzo de 2012, asunto *Pereničová* (C-453/13) : “La comprobación del carácter desleal de una práctica comercial *constituye un elemento entre otros en los que el juez competente puede basar, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13*, su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito concedido al consumidor. Ahora bien, dicha comprobación no incide directamente en la apreciación, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, de la validez del contrato de crédito celebrado”.

⁷⁸ MIRANDA SERRANO L.A. Y PAGADOR LÓPEZ, J., “La falta...”, *cit.*; HENNING BODEWIG, F., Y SPLENGER, A., “ Conference...”, *cit.*; STUYCK, J., “Do We Need ...”, *cit.*, en PURNHAGEN Y ROTT, P. (editores), *Varieties...*, pp. 368-369; DUROVIC, M., *European...*, *cit.*

causa, comprometiéndose sólo a obligaciones que, en ejercicio de esa libertad, está dispuesto a asumir. La DPCD no tutela al consumidor, según el AG, frente a obligaciones jurídicas previamente asumidas de forma libre, sino frente a su asunción como consecuencia de una práctica comercial desleal (incluso aunque se trate en principio e incidentalmente de una práctica lícita)⁷⁹. Dado que este aspecto, aunque no lo dice el AG sr. Campos, fue dejado en manos de los legisladores nacionales de los Estados miembros. De ahí, la laguna entre los puentes de conexión que debe ser resuelta, de momento, por los legisladores nacionales de los Estados miembros, en el ámbito de los derechos contractuales individuales de los consumidores.

Cómo el examen recae como deber, sobre los jueces de los Estados miembros para valorar los elementos tanto de abusividad como de deslealtad, se han ofrecido otras soluciones que puedan a la vez que diferenciar los niveles de protección ofrecidos por cada norma, la forma de poder complementar ambos reproches en un mismo procedimiento, sin tener que realizar procesos diferentes que pueden ser más costosos para el consumidor.

Por ejemplo, la extrapolación en determinadas circunstancias de la aplicación de la teoría de las “restricciones inmanentes” (*ancillary restraints*) que se aplica en supuestos de Derecho *antitrust*⁸⁰. De esta teoría se desprende otro PGD, “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. Esto es, la restricción es accesorio si está relacionada con la operación principal, sin el elemento accesorio no podría llevarse a cabo la obligación principal. Del lado contrario, si ambos elementos (principal y accesorio) son lícitos, ambos deben estar sometidos al mismo régimen de legalidad.

4.3. Jurisprudencia en materia de “cláusulas de permanencia” en contratos de adhesión B2C

Aunque no se encuentra numerosa jurisprudencia en relación a los problemas de la “cláusula de permanencia” en el ámbito de los contratos B2C sobre lo que está manifestando⁸¹, la que existe, es clara. Se observa una dificultad para los jueces a la hora

⁷⁹ Conclusiones del AG sr. CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, de 30 de enero de 2019, asunto *Orange Polska S.A.* (C-628/17), párr. 48.

⁸⁰ MIRANDA SERRANO L.A. Y PAGADOR LÓPEZ, J., “El Tribunal Supremo afina en materia *antitrust* y acoge con rigor la doctrina de las restricciones accesorias”, *Ccopyme* (*Consejo consultivo para la pequeña y mediana empresa*), 2013, disponible en: <http://ccopyme.org/articulo.php?a=69>; MIRANDA SERRANO, L.A., “Restricciones accesorias y prácticas colusorias”, *DN*, vol. 11, nº 122, 2000, pp. 1-50.

⁸¹ GARCÍA MONTORO, L., “¿Se podría considerar como abusiva la cláusula que establece una penalización de 190 euros por baja anticipada del contrato para el servicio de Movistar Fusión?”, *Noticias*

de determinar que la cláusula abusiva pueda llegar a ser también considerada una práctica comercial desleal o en muchos casos, no se ha relacionado, para poder establecer un doble reproche, quizás por falta de análisis o petición en el objeto de la demanda por el adherente que puedan considerarse ambos reproches, para eliminar su práctica y efectos negativos en la competencia⁸².

De esta jurisprudencia, se puede destacar como resolución en contra de lo que se viene considerando en este artículo, la SAP de Barcelona, del año 2010⁸³. La Audiencia Provincial de Barcelona consideró que el consumidor conoce desde el momento de la firma del “contrato de adhesión”, las consecuencias del incumplimiento de estas “cláusulas de permanencia”. Por ello, no afectaba a su derecho de elección y por ende, no podía entenderse como una cláusula de tipo abusivo. Sin por ello, no tener porque no valorar su deslealtad.

Existe también jurisprudencia más favorable tanto para otras cláusulas similares que han sido establecidas de forma unilateral en contratos de adhesión *B2C*, como de la “cláusula de permanencia”⁸⁴. Esta jurisprudencia establece que, si el predisponente (operador de telefonía móvil) no demuestra el perjuicio causado por el adherente, a la hora de rescindir el contrato de adhesión, incluyendo el de venta a plazos de bien mueble (el otro contrato con permanencia), la penalización puede considerarse como onerosa y una carga indebida para el consumidor. Por lo tanto, puede entonces al menos obtener el reproche de “cláusula abusiva”⁸⁵. Lo que no se plantean en estas sentencias es lo que se ha planteado ya en la jurisprudencia europea, como en el asunto *Pereničova*, que la abusividad de una cláusula predispuesta de este estilo puede ser valorada añadiendo en el examen que haga el juez, su posible “deslealtad”, siendo un plus para el examen de

consumo CESCO Revista de Consumo, 2012, pp. 1-5, disponible en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2012/movistarFusion.pdf>

⁸² Cómo se pondrá de relieve posteriormente, existe una falta de coordinación entre los diferentes cuerpos jurídicos a pesar que por cada uno de ellos una cláusula predispuesta pueda ser considerada a la vez, abusiva y también desleal, así por ejemplo, véase por todos, MIRANDA SERRANO, L. Y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad ...”, *cit.*, los autores establecen una rigurosa reflexión acerca de un problema bastante importante en el ámbito de las prácticas comerciales desleales y el Derecho de los contratos en relación a la configuración actual de los diferentes cuerpos jurídicos.

⁸³ SAP de Barcelona, nº 183/2010, de 23 de marzo de 2010; HERNÁNDEZ COBO, F.J., “La controversia...”, *cit.*

⁸⁴ SAP de Zamora, Sección 1ª, nº 103/2019, de 20 de marzo de 2019, FD 3º.

⁸⁵ SAP de Oviedo, Sección 4ª, nº 102/2019, de 13 de marzo de 2019, FD 3º.

abusividad⁸⁶. Cuestión diferente es que se plantee en la demanda de forma debida ambos reproches y sus diferentes sanciones de acuerdo a las normas analizadas.

Por otra parte, también existe alguna resolución de los órganos de control de la Competencia en España. De nuevo, el análisis realizado de las resoluciones dictadas por el que ha sido hasta octubre del año 2013, el que era el principal órgano regulador de la competencia en este sector, anterior Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CMT⁸⁷), no es muy alentador en lo que se sustanta en este análisis.

La ex. CMT, en el año 2007, tuvo oportunidad de conocer una reclamación en la que se le solicitaba por dos asociaciones de consumidores y usuarios que se revisase la legalidad de estas cláusulas y se sancionase a los operadores que las tenían predispuestas en sus CGC por poder llegar a considerarse una práctica comercial desleal contra los consumidores⁸⁸. Finalmente, el fallo de la ex. CMT fue no declararlas perjudiciales o *contra legem*, sino beneficiosas para el consumidor⁸⁹.

Una de las asociaciones de consumidores que denunció las “cláusulas de permanencia”, la UCE, puso especial énfasis, más que en el carácter abusivo de la cláusula, en la “deslealtad” que suponían estas prácticas especialmente en relación al terminal subvencionado, o el contrato de compra venta de bien mueble a plazos, incluido en el contrato de suministro de servicio. En este caso, estaban de forma concreta denunciando la práctica de la operadora de telefonía móvil, *VODAFONE ESPAÑA S.A.*

⁸⁶ No se analiza por el juez, porque no se plantea en las peticiones de la demanda. Sobre el asunto citado, ver apartado 4.2.; DUROVIC, M., *European...*, *op. cit.*

⁸⁷ Sobre los cambios operados en el 2014, en relación a los órganos administrativos de estos mercados, GÓMEZ ALESSANDRI, J., “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: planteamientos iniciales y resultado”, *Diario La Ley*, nº 8168, Sección Doctrina, 2013. La nueva Dirección de Telecomunicaciones y Sector audiovisual es la que se encarga de analizar, de forma actual, las cuestiones de competencia entre los operadores del Mercado de Telecomunicaciones, siempre y cuando se tramiten como “expedientes de instrucción” y deban ser investigados.

⁸⁸ Estas Asociaciones de consumidores fueron la Asociación de protección de derechos civiles, económicos y sociales (ADECES) y la Unión de Consumidores de España (UCE).

⁸⁹ *Vid.* Expediente RO 2006/422, “Resolución por la que se pone fin al período de información previa sobre determinadas cláusulas de los contratos tipo de Telefónica Móviles España S.A. y Vodafone España S.A.”, aprobada en la Sesión 25/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de julio de 2007. En la que se expresa tal idea en su Fundamento de Derecho nº 2.a: “La cláusula de permanencia puede tener por tanto efectos neutros o incluso favorables para el consumidor, en particular si la oferta supone una mejora respecto de otras promociones (cómo puede ser el caso con la política de subvenciones de terminales) y prevé indemnizaciones proporcionadas con el descuento percibido por el usuario a la hora de suscribir la promoción”. Una declaración con la que no estamos de acuerdo y a la luz de lo que estamos manifestando.

V. ANÁLISIS DE LAS “CLÁUSULAS DE PERMANENCIA” COMO ESTRATEGIA ANTICOMPETITIVA EN EL DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA EUROPEO Y ESPAÑOL

5.1. La “cláusula de permanencia” como estrategia competitiva y posible restricción de tipo vertical

Como puso de relieve ALFARO ÁGUILA-REAL: “(...) muchos autores afirman que el mecanismo competitivo funciona tanto respecto a los elementos esenciales del contrato como respecto a las condiciones predispuestas que se incluyen en el formulario contractual (...). La competencia constituye el medio más eficiente para garantizar la existencia de libertad contractual no sólo en sentido formal, sino material. (...). La competencia tiene una función protectora de los consumidores”⁹⁰.

Estas palabras nos sirven de inspiración para poder determinar si, el hecho que haya operadores de telefonía móvil que incluyen este tipo de cláusulas en los contratos de adhesión con consumidores frente a los otros operadores (que suelen ser, de menor tamaño y recursos en este mercado) que no las incluyen, pueden tener de un modo u otro, un efecto colateral y perjudicial en la libre competencia del Mercado de prestación de servicios de telefonía móvil donde se compite⁹¹.

El mismo autor sostuvo que para valorar la posibilidad de existencia de ciertos comportamientos anticompetitivos en el mercado (en general) y para describir cómo funciona el proceso competitivo de forma natural, que los empresarios que no son buenos empresarios, pierden clientes. Mucho más, en un mercado libre y competitivo. Cuanta más competencia sobre el mérito del competidor (*on the merits*) haya en un mercado, mayor es el empuje que necesitan los competidores para seguir manteniendo su número de demandantes. Si esto no es así, es que existen fallos en el mercado. Es más, si los

⁹⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Función...”, en *Comentariosop.cit.*, pp. 75-93, esp. p. 86.

⁹¹ Motivo nº II, párrafo 16, de la Exposición de motivos, 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. *BOE*, nº 287, de 30 de noviembre corrección de errores en *BOE* nº 38, de 13 de febrero de 2008. También, el Acuerdo por el que se aprobó la “Resolución relativa a la solicitud de intervención presentada por la asociación de usuarios de Internet en relación con la obligación de contratar servicios de acceso a internet en banda ancha por periodos mínimos”. De forma concreta, el Antecedente de Hecho Único, y los Fundamentos de Derecho. En este mismo informe se establece precisamente la relación que existe entre el establecimiento de determinados plazos en los contratos de servicios de empresas de telefonía con relación al servicio de Internet y la restricción de esos plazos con respecto a la libre competencia, puesto que como expresó la AUI (Asociación de Usuarios de Internet) enviada a la ex. CMT, tales plazos lo que hacen es restringir la libre competencia entre competidores pero usando la figura del consumidor de tal forma que no puedan fácilmente resolver los contratos con dichas operadoras y cambiar de operador libremente.

operadores necesitan incluir en el contenido de los contratos con los consumidores e incluso con otros operadores de menor tamaño “cláusulas de tipo abusivo” es que estamos en presencia de otro fallo del mercado. En este caso, se reconoce como el fallo de la “información asimétrica”, relacionado con el Derecho de las prácticas comerciales desleales a su vez, y necesitando intervención adecuada para el control de los contratos asimétricos⁹².

Otra cuestión es que, además, la liberalización de este sector⁹³, es un hecho que ya fue puesto de manifiesto por la Comisión Europea, la que estableció mediante Recomendación no vinculante, aspectos relativos a las tarifas de telefonía móvil y fija en todo el mercado interior y como debía este mercado en España totalmente intervenido empezar a liberalizarse adaptándose a la regulación del mercado interior⁹⁴. En España, hasta los años noventa, sólo se contaba en el territorio nacional con un operador de telefonía móvil⁹⁵. A partir de esta década, esto cambia y empiezan a existir más operadores compitiendo en este mercado⁹⁶. No obstante, la posición alcanzada por este operador, TELEFÓNICA, que es el que empieza a incluir las “permanencias” a la luz de la liberalización, es considerada por sus características, una posición de dominio⁹⁷. Pero,

⁹² Esta reflexión de ALFARO ÁGUILA-REAL, parte así mismo de la teoría del premio Nóbel de Economía, COASE, sobre los fallos del mercado, “Cláusulas predisuestas y la falsa moneda”, *Escritura pública*, nº 23, 2003, p.37; *id.* “Cláusulas...”, cit., p. también la doctrina alemana entiende que, el derecho de la lealtad comercial en materia de contratos, al ser la competencia desleal un fallo del mercado, es más útil para prevenir estas conductas en el ámbito contractual, HENNING BODEWIG, F., Y SPLENGER, A., “Conference Report: Framing the “Hard Core” of Unfair Competition Law”, Workshop of the Max Planck Institute for Innovation and Competition (Munich), *GRUR Int.*, vol. 9-11, 2016, pp. 911-914.

⁹³ Sobre la liberalización del Mercado de telecomunicaciones, CALZADA, J. Y COSTAS, A., “La liberalización de las telecomunicaciones en España: control de la inflación y universalización del servicio”, *Institut de Reserca en Economia Aplicada Regional i Pública (IREA)*, documento de trabajo 2013/10.

⁹⁴ Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de mayo de 2009 sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la UE, 2009/396/CE, esp. Considerandos 1º y 3º; Motivo nº I, de la Exposición de Motivos de la Ley General de Telecomunicaciones y normativa de desarrollo: “La nueva regulación comunitaria supone una profundización en los principios ya consagrados en la normativa anterior, basados en un régimen de libre competencia, la introducción de mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio, la protección de los derechos de los usuarios, la mínima intervención de la Administración en el sector, el respeto de la autonomía de las partes en las relaciones entre operadores y la supervisión administrativa de los aspectos relacionados con el servicio público, el dominio público y la defensa de la competencia”.

⁹⁵ HERGUERA, I., “Un análisis de la situación del sector de los telecomunicaciones en España: aspectos regulatorios y de competencia”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº46, 2001, pp. 154-181, p. 176.

⁹⁶ Sobre la financiación de terminales como estrategia de competencia puede verse: Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, “Estrategias de venta de terminales y precios de los servicios móviles”, Nota Ocasional nº7, *Dirección de Estudios, Estadísticas y Recursos documentales*, 07/2013.

⁹⁷ ALFARO AGUILA REAL, J., “El caso Telefónica de descuentos y permanencia”, *Almacén de Derecho*, 26/09/2017, disponible en: <https://almacendederecho.org/caso-telefonica-descuentos-permanencia/> ; el autor analiza la resolución de la CNMC (Expediente S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA), de 29 de octubre del 2014, contra TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, SAU y contra VODAFONE ESPAÑA, SAU, disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/521540_0.pdf

como bien se sabe, la posición dominante en el mercado no está prohibida si ésta se ha ganado y se mantiene con méritos propios y no afecta al desarrollo de la libre competencia ni lo distorsiona. Lo que está prohibido es su “abuso” que bien puede ser el abuso de dependencia económica o el abuso de posición dominante, según lo establecido en la doctrina y jurisprudencia relativa al artículo 102 del TFUE y el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia española (en relación al primero, pero sólo cuando el abuso de posición dominante produzca sus efectos en el mercado español y no en todo el mercado interior)⁹⁸. Este concepto de abuso además ha sido muy restringido por la jurisprudencia tanto del Tribunal General de la UE⁹⁹, como por el Tribunal Supremo español¹⁰⁰.

Siendo destacable de esta jurisprudencia que los abusos de posición dominante deben ser acreditados así como diferenciados entre exclusionarios y explotativos. Aunque no se analizan con detenimiento en este artículo, se puede indicar que en el ámbito de las cláusulas de permanencia, serían “exclusionarios” o dirigidos a excluir a los otros competidores por sus características ya analizadas.

Atendiendo a lo anterior, la posición de dominio que tienen ciertos operadores en el Mercado de Telecomunicaciones, estableciendo ciertas cláusulas en sus contratos de suministro del servicio, puede considerar que se ejerce una posición de dominio pero con abuso quebrando la *par conditio concurrentium*, si con ello se prueba que mediante las condiciones que establecieron, distorsionaron la competencia de forma tal, que otros

⁹⁸ *Cfr.* Artículo 102 TFUE, esp. letra a; “imponer directa o indirectamente precios de compra, venta, u otras condiciones de transacción no equitativas”; y, letra b: “limitar la producción, el *mercado*, o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores”: Artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, *BOE*, nº159, de 4 de julio de 2007; La literatura del abuso de posición de dominio es muy extensa tanto en la Doctrina nacional como internacional. Se destacan sólo algunas obras de referencia, *inter alia*, ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Delimitación ...”, *cit.*; FERNÁNDEZ VICIÉN, C. Y MORENO-TAPIA RIBAS, I., “El artículo 102 TFUE: un recorrido por la interpretación jurisprudencial de los conceptos de posición dominante y abuso”, en PEDRAZ CALVO, ORDÓÑEZ SOLIS, D., Y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, S., (coordinadores (hom.)), *El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España: “Liber Amicorum” en homenaje a Santiago Martínez Lage*, Madrid, La ley, 2014, pp. 189-207. en materia de “acuerdos verticales y cláusulas de permanencia, también, ALFARO ÁGUILA REAL, J., “El caso...”, *cit.*, en donde nos remite a la doctrina Intel de la Comisión Europea y el TJUE, sobre la aplicación del test AEC que ni la Audiencia Nacional ni el TS aplicaron bien al caso TELEFÓNICA MÓVILES SAU (*vid.* apartado 5.2.).

⁹⁹ SAP de Murcia, Secc. 4ª, nº61/2016, de 8 de enero de 2016, (ECLI:ES:APMU:2016:61), esp. FD 3º, en donde remite al asunto Michelin, STPI de 23 de septiembre de 2003 (T-203/01): “La acreditación de la existencia de una posición de dominio no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento el desarrollo de la competencia de una competencia efectiva y no falseada en el mercado”.

¹⁰⁰ Recientemente, en el asunto Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero 2018, nº2808/2015 (ECLI:ES:TS:2018:1548).

operadores sin posición de dominio en el mismo mercado no se pudieron mantener en igualdad de condiciones debido a que mediante estos contratos se restringe a los consumidores de elegir el prestador del servicio que desean.

Observando el panorama actual, *TELEFÓNICA S.A.* no es el único operador de relevancia en este mercado relevante, desde que se produce la liberalización de este mercado (aunque sí el de mayor tamaño y peso en este mercado), sino que pueden observarse que compañías como *ORANGE S.A.*, *JAZZTEL* (que pertenece ahora a *ORANGE*¹⁰¹) y *VODAFONE GROUP Plc.*, junto con *TELEFÓNICA S.A.*, tienen este mercado dosificado y han ido de forma progresiva, acaparando la cuota de mercado necesaria.

Todos estos operadores o prestadores de servicios de telefonía móvil y fija han sido investigados en numerosas ocasiones por conductas oligopolíticas por los organismos competentes de control de la Competencia¹⁰². Son, además, los únicos que siguen estableciendo las “cláusulas de permanencia” como cláusulas predispuestas en sus contratos de adhesión y CGC, frente a pequeñas compañías de teleoperadores móviles, como *PEPEPHONE*, *SIMYO* u otros (cómo MásMóvil¹⁰³), que van naciendo como *startups* en este mercado tan competitivo de suministro de servicios de telefonía móvil¹⁰⁴.

5.2. Jurisprudencia reciente

Se puso de relieve al inicio que la jurisprudencia del Alto Tribunal en este particular no ha sido muy favorable a lo que en estas líneas se considera. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo que reafirma la Sentencia previa de la Audiencia Nacional anulan ambas, la multa impuesta por la CNMC a TELEFÓNICA MÓVILES

¹⁰¹“Orange y Jazztel ya son la misma empresa”, 2016, disponible en: <https://www.adslzone.net/2016/02/09/orange-y-jazztel-ya-son-la-misma-empresa/>. La concentración entre ambas empresas, en la que Orange compraba la empresa Jazztel, fue permitida por la Comisión Europea, en el mismo blog en el año 2015: <https://www.adslzone.net/2015/05/19/ya-es-oficial-bruselas-autoriza-la-compra-de-jazztel-por-parte-de-orange/>, aunque condicionada por el temor de seguir manifestando comportamientos de tipo oligopolístico desde que también Vodafone compró la teleoperadora ONO; “Cómo afectará a los clientes de Jazztel la compra de Orange?”, disponible en: <https://www.libremercado.com/2014-09-17/como-afectara-a-los-clientes-de-jazztel-la-compra-de-orange-1276528407>

¹⁰² GONZÁLEZ, C., ¿Caminamos hacia un oligopolio en Telecomunicaciones?, disponible en: <https://www.adslzone.net/2014/09/12/caminamos-hacia-un-oligopolio-en-telecomunicaciones/> ; “El oligopolio de las “telecos”: Yoigo, la última víctima del control de los precios”, disponible en: https://www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/oligopolio-telecos-compra-Yoigo-siguiente_0_928107510.

¹⁰³ “Tuenti, Pepephone, Symio, Yoigo: ¿cuál es la mejor alternativa a MásMóvil?”, disponible en: <https://www.keliso.es/internet/consejos-y-analisis/tuenti-pepephone-simyo-yoigo-cual-es-la-mejor-alternativa-a-masmovil-5991>

¹⁰⁴ FORTUNATO, A., *Clause...*, *op.cit.*

SAU por la inclusión de “cláusulas de permanencia” en forma de descuentos establecidas en sus contratos con PyMES¹⁰⁵, considerando su abuso de posición de dominio con la inclusión de las mismas en los contratos con otros operadores en el Mercado.

Al anular la multa, el Tribunal Supremo ha entendido que estas cláusulas en contratos *B2B* no tienen condición de “abusiva”, ya que las PyMES podían y pueden negociarlas previamente. Ahora, este aspecto tiene cabida entenderlo si consideramos que las PyMES cómo se considera en este caso por el Alto Tribunal son profesionales, a diferencia de la consideración que realizó la CNCM, que las trata como consumidores finales como se está llevando a cabo en el Derecho europeo¹⁰⁶. Pero el Tribunal Supremo al igual que la Audiencia Nacional lo entiende de esta forma, ya que las cláusulas de “permanencia” se insertaban en contratos *pack* de las PyMES, en donde tanto el servicio que prestaban como los productos que se ofertaban por TELEFÓNICA MÓVILES SAU (*smartphones*) eran para uso profesional, pero no personal.

De otro lado, también se trajo a colación en la investigación previa de la CNMC que las “cláusulas de permanencia” podían entenderse como se entienden desde este análisis como una restricción vertical y general un abuso de posición dominante. De nuevo, tampoco aquí considera el Alto Tribunal que las mismas afectan a la libre competencia ni tampoco, como consecuencia, pueden entenderse como una infracción del art. 2 de la LDC (art. 102 TFUE) ya que, en su análisis considera que en ciertas ocasiones las restricciones verticales pueden tener más efectos positivos que negativos¹⁰⁷. No obstante, a la luz de la jurisprudencia del TJUE y el TPI (TGUE) no queda claro que la inclusión de cláusulas como las de permanencia no sean cláusulas perjudiciales y sí beneficiosas, con independencia de quiénes son los destinatarios finales, porque aquí se mide el daño a la competencia (y si cabe en el mercado relevante) en general, no a los operadores del mercado aunque sean pieza clave para valorar este daño.

VI. CONCLUSIONES

¹⁰⁵ STS Sala 3ª de lo Contencioso, n.º 819/2019, de 18 de febrero de 2019, asunto TELEFÓNICA MÓVILES SAU; CNMC, Resolución / Expte. S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA), de 29 de octubre de 2014, disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/521540_0.pdf

¹⁰⁶ Por ejemplo, STUYCK, J., “Do We...”, *cit.*, en PURHNAGEN Y ROTT, P., *Varieties...*

¹⁰⁷ STS n.º 819/2019, de 18 de febrero de 2019, FD 1º, en este aspecto cabe recordar de nuevo que no toda posición de dominio es considerada abusiva, sino aquella que se pruebe que causa realmente un perjuicio a la libre competencia; ALFARO ÁGUILA REAL, J. “El caso...”, *cit.* el autor, con el que nos manifestamos de acuerdo, considera que, en este sentido el TS debió haber casado la sentencia de la Audiencia Nacional puesto que parten del error en cuando a la consideración de acuerdos verticales, como en el análisis competitivo de los descuentos practicados por Telefónica bajo “forma de cláusulas de permanencia”.

Primera.-*En relación al Derecho de contratos de consumo, el Derecho de las prácticas comerciales desleales y su relación con otros cuerpos jurídicos relativos al Derecho de mercado (Market Law):* se considera que podría otorgarse la doble calificación de “práctica comercial desleal” así como también de “cláusula abusiva” a la cláusula predispuesta “de permanencia” en contratos de adhesión con consumidores en el mercado de Telecomunicaciones. De esta forma, valorando el plus de deslealtad en el examen de abusividad, podría obtenerse el doble reproche. Con ello, esta cláusula no escaparía a ninguno de los dos reproches, probando que según sus características es una cláusula predispuesta que va en detrimento de los derechos de los consumidores (e incluso de otros operadores que no tienen connatación de consumidores, en el Derecho español de momento).

El plus de deslealtad se podría realizar entendiendo que se ha conseguido la perfección del contrato mediante la “influencia indebida” y que impide ejercer de forma debida el derecho de desistimiento por la penalización impuesta de forma unilateral, afectando el comportamiento económico de los consumidores. Por otra parte, también podría ser considerado en este examen de deslealtad para la posible abusividad, como información engañosa la oferta del producto y servicio y mediante la protección dada por la norma en la “integración publicitaria en los contratos con consumidores” que, el consumidor no está verdaderamente informado que firma dos contratos con dos permanencias diferentes, a las que tiene que hacer frente si ejerce su desistimiento antes de la finalización de cualquier de los contratos.

El Derecho de las prácticas comerciales desleales actual así como el Derecho de contratos de consumo se complementa en su función de tutela del buen funcionamiento del mercado interior y los consumidores, por ello, nada impide que exista esta relación para sancionar prácticas comerciales desleales que también son cláusulas abusivas a la luz del Derecho contractual europeo. Existe todavía la necesidad que el legislador se haga cargo de este problema de falta de puentes de conexión que la jurisprudencia, especialmente la del TJUE ha ido solventando.

Segunda.-*En relación a los problemas de la inclusión de la “cláusula de permanencia” en el ámbito de la Derecho de la libre competencia (en relaciones B2B).* Una de las cuestiones más importantes que podemos observar en el Derecho de competencia actual y su objetivo de tutela a los consumidores en economías de mercado es que se puede probar el daño que hace un competidor/es hacia otro/s y el mercado,

midiendo el daño que se ha llegado a realizar a los consumidores en el mismo mercado donde se está compitiendo mediante los contratos como instrumento de intercambio de bienes y servicios en el mercado. El hecho que estas cláusulas existan, afectan en cierta medida u otra, a una competencia más efectiva en el mercado de las Telecomunicaciones y limitan o falsean la competencia en el mercado. Se considera que estas prácticas comerciales sí tienen efecto en el buen funcionamiento y la libre competencia de este Mercado concreto, mediante la distorsión que se realiza del comportamiento económico de los consumidores, cuando se les intenta fidelizar a través de las “cláusulas de permanencia” que conllevan también, como se ha puesto de relieve, una “cláusula penal económica” que tiene un claro efecto disuasorio inverso (*deterrence*) sobre la libertad de elegir de los consumidores tienen para elegir otras opciones en el mismo mercado, especialmente, si otros operadores tienen ofertas más atractivas o consideran que estas ofertas se adecúan más a sus necesidades

Su inclusión se ha considerado un problema, que la CNMC intentó poner de relieve y sancionar aunque en el mismo tipo de contratos de adhesión dirigidos a profesionales o contratos *B2B*, entendiendo que las PyMES se han considerado como profesionales según al Alto Tribunal y no cómo consumidores finales según el expediente sancionador de la CNMC sobre el asunto. Tampoco ha considerado el Alto Tribunal que pueda entenderse que son una estrategia competitiva que se encuadre en el abuso de posición dominante prohibido por el Derecho europeo de libre competencia y el nacional. En este sentido, aunque la CNMC pueda sancionar a los operadores en este Mercado que puedan estar distorsionando con sus actos contractuales o no, el proceso competitivo de la forma que sea, se necesita también el amparo que otorga el control judicial (*ex post*), al que pueda acudir siempre que la CNMC sanciona a las empresas tras previa investigación de las conductas que analiza. Si no se respalda a la CNMC, entonces, las conductas pueden seguir repitiéndose afectando al proceso competitivo y a los consumidores.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M.J., “Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013”, *Diario La Ley*, 2013.
- ACEDO PENCO, A.: “Los efectos vinculantes de la publicidad comercial en la contratación con los consumidores en el Derecho de Nicaragua”, (Estudio comparativo entre el Derecho nicaragüense y el Derecho de consumo español), *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXIX, 2011, pp. 239-266.
- ACOSTA RODRÍGUEZ, J. Y JIMÉNEZ VALDERRAMA, F.: “Elementos de Derecho europeo para la caracterización de cláusulas abusivas en la contratación”, *DIKAIION*, año 29, vol. 24, nº1,

2015, pp. 12-35.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.:

“Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia”, *ReDCE*, nº5, 2006, pp. 101-120.

La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales, Civitas, 2009.

ALFARO ÁGUILA REAL, J.:

“El caso Telefónica de descuentos y permanencia”, *Almacén de Derecho*, 26/09/2017, disponible en: <https://almacenederecho.org/caso-telefonica-descuentos-permanencia/>

“Cláusulas negociadas individualmente vs. Condiciones generales o predispuestas”, *Almacén de Derecho*, 26/11/2012, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/11/clausulas-negociadas-individualmente-vs.html>

“Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1992, pp. 75-93;

“Cláusulas predispuestas y la falsa moneda”, *Escritura pública*, nº23, 2003.

“El derecho de las condiciones generales y cláusulas predispuestas”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 99, nº1, 2000, pp.9-32.

“Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales”, *Anuario jurídico de la Rioja*, nº4, 1998, pp. 53-70.

“Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, disponible en: https://www.frdelpino.es/wp-content/uploads/2014/10/en_07-ALFARO.pdf

ARROYO MARTÍNEZ, I, Y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coordinadores), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones generales de la Contratación: Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, Modificaciones de la Ley 64/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y la Ley Hipotecaria*, Madrid, Tecnos, 1999

BALLUGUERA GÓMEZ, C.:

“Integración de las cláusulas abusivas de pena convencional, demora y vencimiento anticipado. La reforma de la integración de cláusulas abusivas en casos concretos”, *Diario La Ley*, nº 8344, Sección Doctrina, 2014;

El contrato no-contrato: enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación, Madrid, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coordinador):

Comentario del Texto Refundido de la Ley general para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), 2ª ed., Pamplona, 2016.

Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Pamplona, 2000.

BERNITZ, U.: “Market law as a legal discipline”, en BERNITZ, U. (editor): *Introduction to Swedish Law*, The Netherlands, 1981.

BERNITZ, U., Y HEIDE-JØRGENSEN (editores), *Marketing and Advertising Law in a Process of Harmonization*, Oxford/Portland, 2017.

BULLARD, G.: “Contratación en masa, ¿contratación?”, *Themis*, nº15, 1989, pp. 47-55.

CALZADA, J.: “Telefonía móvil en España: regulación y resultados”, *Cuadernos Económicos e ICE (Dedicado el ejemplar al Análisis Económico de las Telecomunicaciones)*, nº81, 2011, pp. 39-69.

CALZADA, J. Y COSTAS, A., “La liberalización de las telecomunicaciones en España: control de la inflación y universalización del servicio”, Institut de Reserca en Economía Aplicada Regional i Pública (*IREA*), documento de trabajo 2013/10.

CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Septiembre de 2014 (3909/2014). El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación)”, *BOE Doctrina*, pp. 201-221.

CAÑIZARES LASO, A., “Control de incorporación y transparencia de las Condiciones generales de la contratación”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, nº3, 2015, pp. 67-105.

CORRALES GARCÍA, E.: “La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad”, *Actualidad Civil-La Ley*, nº 38, 2000, pp. 1399-1416.

DE LA MAZA GAZMURRI, I.: “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no sólo el mercado?”, *Revista chilena de Derecho privado*, nº1, 2003, pp. 109-148.

- DÍEZ BAJO, A., en “Artículo 8: prácticas agresivas”, en LEMA DEVESA, C. Y PATIÑO ALVES, B., (editores): *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores (Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009)*, Barcelona, 2012, pp. 205-226.
- DUROVIC, M., *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*. Hart Publishing. Oxford, 2016.
- FERNÁNDEZ VICIÉN, C. Y MORENO-TAPIA RIBAS, I., “El artículo 102 TFUE: un recorrido por la interpretación jurisprudencial de los conceptos de posición dominante y abuso”, en PEDRAZ CALVO, ORDÓÑEZ SOLIS, D., Y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, S., (coordinadores(hom.)), *El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España: “Liber Amicorum” en homenaje a Santiago Martínez Lage*, Madrid, 2014, pp. 189-207.
- FONT GALÁN, J.I., “La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa”, *Cuadernos de Derecho y comercio*, nº4, 1988, pp. 7-48.
- FORTUNATO, A., *Clause et pratiques restrictives de concurrence*. Lille, 2016.
- GARCÍA MONTORO, L.: “¿Se podría considerar como abusiva la cláusula que establece una penalización de 190 euros por baja anticipada del contrato para el servicio de Movistar Fusión?”, *Noticias consumo CESCO Revista de Consumo*, 2012, pp. 1-5, disponible en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2012/movistarFusion.pdf> .
- GARCÍA VIDAL, A.: “Comentarios al Proyecto de Ley de reforma de la LGDCU: Las prácticas comerciales desleales en el Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”, *Revista CESCO (Ley 3/2014, por la que se modifica la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios)*, nº9, 2014.
- GARCÍA PÉREZ, R.:
 “La reforma del Derecho contra la competencia desleal: ¿hacia el Derecho de la lealtad?”, en GÓMEZ SEGADÉ, A. Y GARCÍA VIDAL, A. (directores): *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro homenaje al Prof. Dr. D. Carlos FERNÁNDEZ NÓVOA en su octogésimo cumpleaños)*, 1ªed, Madrid, 2010, pp. 323-329.
 “La diligencia profesional: un nuevo concepto clave del Derecho contra la competencia desleal”, *AFDUC*, nº14, 2010, pp. 23-37.
- GLÖCKNER, J.:
 “Europäisches Lauterkeitsrecht”, en BARTE- BAVENDAMM, H. Y HENNING-BODEWIG, F., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Munich, 2013, pp. 48-179;
 “Unfair Trading Practices in the Supply Chain, Disparities in Bargaining Power and the Coordination of European Contract, Competition and Unfair Competition Law”, *GRUR Int.*, nº 12, 2016, pp. 1106- 1120.
- GÓMEZ ALESSANDRI, J., “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: planteamientos iniciales y resultado”, *Diario La Ley*, nº 8168, Sección Doctrina, 2013.
- GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “La nueva cláusula general en la LCD”, *Autocontrol*, nº154, 2010, pp.14-18.
- GONZÁLEZ GARCÍA, S., “El control de oficio, un ataque frontal al principio dispositivo del proceso civil: ¿Hacia un proceso especial de consumidores”, *Diario La Ley*, nº 9100, Sección Doctrina, 2017.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: “La noción de *consumidor medio* según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, nº 17, 2004, pp. 47-81.
- HENNING BODEWIG, F., Y SPLENGER, A., “Conference Report: Framing the “Hard Core” of Unfair Competition Law”, *Workshop of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, nº9-11, *GRUR Int*, 2016, pp. 911-914.
- HERNÁNDEZ COBO, F.J., “La controversia en los contratos de permanencia de telefonía”, *Legal Today*, 2015, disponible en: http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/consumidores_y_usuarios/la-controversia-en-los-contratos-de-permanencia-de-telefonía
- HERGUERA, I., “Un análisis de la situación del sector de las telecomunicaciones en España: aspectos regulatorios y de competencia”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº46, 2001, pp. 154-181.

KEIRSBILCK, B.:

“The Interaction between Consumer Protection Rules on Unfair Contract Terms and Unfair Commercial Practices: Perenicova and Perenic”, *CMLR*, 2013, pp. 247-264.

The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law, Oxford/Portland/Oregon, 2011.

LÁZARO SÁNCHEZ, J. (coordinador): *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Navarra, 2009.

LEMA DEVESA, C.: “El engaño publicitario al consumidor”, en *Las prácticas comerciales desleales*, Madrid, 2010.

MASSAGUER FUENTES, J.:

“Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Actualidad jurídica Uría-Menéndez*, nº27/2010, pp.18-32, disponible en:

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2755/documento/art01.pdf?id=2542>;

El nuevo Derecho contra la competencia desleal, Madrid, 2006.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. Y DIEZ PICAZO, L. (directores), ALFARO ÁGUILA REAL, J. (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1992, pp. 49-59.

MIRANDA SERRANO, L.A.: “Restricciones accesorias y prácticas colusorias”, *DN*, vol. 11, nº 122, 2000, pp. 1-50.

MIRANDA SERRANO, L.A. Y PAGADOR LÓPEZ, J.:

“La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos”, *Diario La Ley*, nº 8464, Sección Tribuna, 2015.

“Últimos desarrollos jurisprudenciales del principio de integración publicitaria del contrato: relevancia negocial de la publicidad más allá de las estrictas relaciones de consumo (STS de 23 de julio de 2013)”, *Ccopyme (Consejo consultivo para la Pequeña y Mediana Empresa)*, disponible en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=69>.

“El Tribunal Supremo afina en materia *antitrust* y acoge con rigor la doctrina de las restricciones accesorias”, *Ccopyme (Consejo consultivo para la pequeña y mediana empresa)*, 2013, disponible en: <http://ccopyme.org/articulo.php?a=69>.

MONTES RODRÍGUEZ, P., “De nuevo sobre el valor contractual de la publicidad en la compraventa de bienes inmuebles: de la STS de 27 de enero de 1977 a la STS de 20 de noviembre de 2017”, *Rev. Bol. de Derecho*, nº26, 2018, pp. 218-259.

MORALES QUINTANILLA, C.R., *Condiciones Generales de los Contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2014.

MURRIS, T., “The Interface between Competition Law and Consumer Protection”, *Fordham Corporate Law Institute*, 2002, pp. 1-30.

OROZCO PARDO, G., Y MORENO NAVARRETE, M.A., “El contrato en el contexto de la unificación del Derecho privado”, *AdD*, nº29, 2011, pp. 115-160.

REICH, N., “A European Contract Law or and EU Contract Law Regulation for Consumers?”, *Journal of Consumer Policy*, nº28, 2005, pp. 383-407.

RUIZ PERIS, J.I., “El laberinto de la “cláusula general” de la Ley de Competencia desleal”, *ADI*, t. 30, 2009-2010, pp. 435-454.

SORO RUSSELL, O., *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Madrid, 2016.

SUÑOL LUCEA, A. “Incumplimiento de la prohibición de competencia y competencia desleal”, *Almacén de Derecho*, 2016, disponible en: <http://almacen-dederecho.org/incumplimietno-de-la-prohibición-de-no-competencia-y-competencia-desleal/>.

STUYCK, J., “Do We Need “Consumer Protection” for Small Business at the European level”, en PURNHAGEN Y ROTT, P. (editores), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, nº3, Suiza, 2014, pp. 359-370

VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Competencia desleal y publicidad”, en MIRANDA SERRANO, L.M. Y COSTAS COMESAÑA, J. (directores), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons. Madrid, 2018, pp. 40-60.

VIRGÓS SORIANO, M.: *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*. Civitas (Estudios de Derecho mercantil). Madrid, 1992.

VIRGÓS SORIANO, M., Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “El artículo 3 de la Ley de condiciones generales de la contratación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Y DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., (directores) Y ALFARO ÁGUILA REAL, J., (coordinador), pp.145-226.

ZURRILLA CARIÑANA, M.A., “El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios en el nuevo Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios”, *CESCO Estudios de Consumo*, disponible en: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/8.pdf>.

OTROS:

Noticia del periódico Expansión sobre cláusulas de permanencia en los contratos de electricidad: <http://www.expansion.com/2014/02/11/empresas/energia/1392140068.html?a=8c4d7487670d7fd85da61231e014346b&t=1392545426>

“Orange y Jazztel ya son la misma empresa”, 2016, disponible en: <https://www.adslzone.net/2016/02/09/orange-y-jazztel-ya-son-la-misma-empresa/>.

: <https://www.adslzone.net/2015/05/19/ya-es-oficial-bruselas-autoriza-la-compra-de-jazztel-por-parte-de-orange/>

“Tuenti, Pepephone, Symio, Yoigo: ¿cuál es la mejor alternativa a MásMóvil?”, disponible en: <https://www.kelisto.es/internet/consejos-y-analisis/tuenti-pepephone-simyo-yoigo-cual-es-la-mejor-alternativa-a-masmovil-5991>

DELGADO, E.: “Permanencia y cláusulas penales en los contratos de telefonía móvil”, <http://cetelem-blog.creditoresponsable.es/enekodelgado/lo-que-nos-une-permanencia-clausulas-penales-y-letra-pequena-en-los-contratos-de-telefonía-movil-2>

GONZÁLEZ, C.:

-¿Caminamos hacia un oligopolio en Telecomunicaciones?, disponible en: <https://www.adslzone.net/2014/09/12/caminamos-hacia-un-oligopolio-en-telecomunicaciones/>

- “El oligopolio de las “telecos”: Yoigo, la última víctima del control de los precios”, disponible en: https://www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/oligopolio-telecos-compra-Yoigo-siguiente_0_928107510

SAMUEL, F.: “Vodafone cambia la financiación por el pago a plazos”, 2012, disponible en: <https://operadoras-moviles.com/noticias-telefonía/vodafone-cambia-la-financiacion-por-el-pago-a-plazos/>

OCU (Organización de Consumidores y Usuarios), “La OCU denuncia a Movistar, Orange y Vodafone por aplicar “injustamente” penalizaciones”, 2013, disponible en: <http://www.ocu.org/tecnología/internet-telefonía/noticias/protestapp-quejas-operadoras>

WAKABAYASHI, J.L.: “La dura competencia en el mercado telefonía móvil”, 20/04/2015, disponible en: <https://www.esan.edu.pe/conexion/bloggers/el-critico-del-marketing/2015/04/dura-competencia-mercado-telefonía-movil/>

DOCUMENTOS OFICIALES

European Commission, “Summary results of the public consultation for the *Fitness Check* of EU Consumer and marketing Law”, de 12 de septiembre de 2016, disponible en: http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=31689

“Estrategias de venta de terminales y precios de los servicios móviles”, Nota Ocasional nº7 de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, Dirección de Estudios, Estadísticas y Recursos documentales, 07/2013.

“Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables” (2011/2272 (INI)), *DOUE*, 2012.

“Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de mayo, de 2009 sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la UE” (2009/396/CE), *DOUE*, L-124/67, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:124:0067:0074:ES:PDF>

Expediente RO 2006/422, “Resolución por la que se pone fin al período de información previa sobre determinadas cláusulas de los contratos tipo de Telefónica Móviles España S.A. y Vodafone

España S.A.”, aprobada en la Sesión 25/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de julio de 2007.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

STPI, Asunto Michelin/Comisión, de 23 de septiembre 2003 (T-203/01) (Rec.p. II-4701).
STJUE (Sala Primera), asunto *Pereničová*, de 15 de marzo de 2012 (C-453/13), (ECLI:EU:C:2012:144).
STJUE, Asunto M.A. c. *Caixa de Catalunya*, Tarragona i Manresa (CatalunyaCaixa), 14 de marzo de 2013, C-415/11, (ECLI:EU:C:2013:164).
STJUE, Asunto Banco *Primus* S.A. c. J. G. G, de 26 de enero de 2017, C-421/14, (ECLI:EU:C:2017:60).
Conclusiones del AG sr. Wahl, de 21 de marzo de 2018, asunto BANKIA (C-109/97) (ECLI:EU:C:2018:201).
STJUE (Sala Quinta), de 12 de junio de 2019, asunto *Orange Polska S.A.* (C-628/17) (ECLI:EU:C:2019:480).
Conclusiones del AG sr. Campos Sánchez Bordona, de 30 de enero de 2019, asunto *Orange Polska S.A.* (C-628/17) (ECLI: EU:C:2019:74).

NACIONAL

STS Sala 3ª de lo Contencioso, nº 819/2019 de 18 de febrero de 2019 (Asunto TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU) (ECLI: ES:TS: 2019:819).
STS Sala 3ª de lo Contencioso, de 5 de febrero 2018, nº2808/2015 (ECLI:ES:TS:2018:1548).
STS Sala 1ª de lo Civil, nº 1916/2013, de 9 de mayo de 2013 (RJ 1916\2013).
STS Sala 1ª de lo Civil, nº 515/2005, de 4 de julio de 2005 (RJ 214\1999).
SAP Lérida, Sección 2ª, de 3 de abril de 2019 (ECLI: ES:APL:2019:184).
SAP de Barcelona, Sección 1ª, nº 2585/2019, de 22 de marzo de 2019 (ECLI:APB:2019:2585).
SAP de Zamora, Sección 1ª, nº 103/2019, de 20 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APZA:2013:103).
SAP de Oviedo, Sección 4ª, nº 102/2919, de 13 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APO:2019:793).
SAP Madrid, Sección 21ª, de 27 de julio de 2017 (ECLI: ES:APM:2017:10881).
SAP de Murcia, Sección 4ª, nº61/2016, de 8 de enero de 2016, (ECLI:ES:APMU:2016:61)
SAP Barcelona, Sección 13ª, nº183/2010 (ECLI: ES:APB:2010:3755).
SAP Madrid, de 25 de enero de 2011 (AC\2011\314).
SAP Barcelona, Sección 15ª (SAP B 15485\2012).
AJM de Santander, Sección 1ª, nº73/2018, de 10 de mayo de 2018 (ECLI:ES:JMS:2018:73A).
SJM de Ibiza, Sección 1ª, de 22 de febrero de 2018, nº393/2018 (ECLI:ES:JMIB:2018:393).