

CLÁUSULAS DE PERMANENCIA Y PENALIZACIÓN IMPUESTAS POR LOS ESTABLECIMIENTOS DE DISTRIBUCIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES¹

Ana I. Mendoza Losana
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 24 de febrero de 2014

Este documento responde una consulta, planteada por una OMIC ante el Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha (CESCO), relativa a las cláusulas de consumo mínimo, permanencia y penalización impuestas por los establecimientos de distribución de servicios de telecomunicaciones (ej. establecimiento del tipo “The Phone House”), añadidas a las cláusulas de permanencia y penalización incluidas en los contratos con los prestadores de servicios de telecomunicaciones (en adelante, operadores de servicios).

1. Motivo de consulta

La consulta recibida en el CESCO se plantea en los siguientes términos:

El usuario acude a una tienda de telefonía de una conocida cadena de distribución. Además de firmar el contrato de permanencia con el operador, firma sin leerlo, un contrato con el establecimiento. El punto 2.1 de las condiciones contractuales establece: ... “Igualmente se obliga a mantener cada línea contratada durante un plazo de 5 meses + un consumo medio de 0,60 euros por línea durante el citado plazo”.

El usuario se pregunta por qué debe pagar al establecimiento intermediario una penalización de 96 euros.

Y el responsable de la Oficina Municipal de Información al Consumidor se cuestiona si puede considerarse una cláusula abusiva.

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

2. Naturaleza de las cláusulas de permanencia y consumo mínimo incluidas en el contrato celebrado con un “intermediario”. Diversos escenarios posibles

El contrato del servicio de telefonía móvil se ha celebrado a través de un establecimiento dedicado a la venta de terminales y a la gestión de contratos de prestación de servicios con los diversos operadores de telecomunicaciones, se trata de un intermediario no vinculado especialmente con un operador concreto (ej. establecimientos del tipo The Phone House).

No se proporcionan demasiados datos respecto al contenido y condiciones de la cláusula de permanencia incluida en el contrato con el establecimiento. No se expresa la razón de ser de la cláusula de permanencia (5 meses por línea) ni del consumo mínimo (0,60 €). Tampoco se especifica si la penalización (96 €) lo es por baja anticipada de una línea o de varias. Cabe proponer diversos escenarios posibles en gran medida condicionados por la relación interna o mayorista entre los operadores de servicios y el establecimiento distribuidor.

Escenario 1: Las cláusulas de permanencia y consumo mínimo como condiciones de ofertas especiales ofrecidas por el establecimiento de distribución

Es sabido que el modelo de negocio de los grandes establecimientos de distribución de servicios de telecomunicaciones se fundamenta en las economías de escala: la adquisición de grandes cantidades de terminales a los fabricantes o los contratos estratégicos con operadores les permiten ofrecer terminales o incluso servicios en mejores condiciones que los propios operadores ofrecen a los usuarios finales. En este contexto, el plazo de permanencia de cinco meses y el consumo mínimo se configuran como las condiciones impuestas por el establecimiento intermediario para que el usuario pueda beneficiarse de cierta oferta ofrecida por el propio establecimiento para la adquisición de un terminal (a precio reducido o sin coste) o para la contratación del servicio bajo condiciones más favorables (ej. tarifas reducidas, bonos adicionales de minutos gratuitos). En principio, este tipo de prácticas no son contrarias a la legalidad, quedando el establecimiento obligado a informar sobre las mismas en cuanto determinan el precio final del servicio (arts. 20.1,c.II² y 60.2,b³ TRLGDCU⁴). Están sometidas a los controles propios de las

² Art. 20 TRLGDCU. Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios

1. Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, *posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación*, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información:

condiciones generales incluidas en los contratos con consumidores (control de incorporación o de transparencia *ex* arts. 5⁵, 7⁶ y 10⁷ Ley 7/1998, de 13 de abril, de

c) El *precio final completo*, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los *gastos adicionales* que se repercutan al consumidor o usuario.

En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado.

³ Art. 60 TRLGDCU. Información previa al contrato

1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.

2. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta Norma y normas que resulten de aplicación y, además:

b) Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.

⁴ 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 núm. 287, 30-11-2007).

⁵ Artículo 5 LCGC. Requisitos de incorporación.

1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

[...]

3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

4. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

[...]

⁶ Artículo 7. No incorporación

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

⁷ Artículo 10. Efectos

Condiciones Generales de la Contratación⁸ y art. 80.1,b⁹ TRLGDCU y control de contenido o abusividad *ex* arts. 80.1,c¹⁰, 82¹¹ TRLGDCU y 8.2 LCGC)¹².

1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

⁸ BOE núm. 89, 14-4-1998.

⁹ Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

[...].

¹⁰ Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

¹¹ Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario,

b) limiten los derechos del consumidor y usuario,

c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,

d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,

e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

¹² Artículo 8. Nulidad

1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y

Escenario 2: La cláusula de permanencia y de consumo mínimo como traslado al cliente de las condiciones impuestas por el operador al establecimiento de distribución para recibir su retribución por gestión y captación de clientes

Puede que el establecimiento no ofrezca ofertas especiales, de modo que ni la cláusula de permanencia ni el consumo mínimo son la contrapartida a eventuales ahorros o beneficios adicionales recibidos por el usuario. Pero el establecimiento sí ofrece un valor añadido, que no siempre el usuario percibe como tal. El establecimiento suele realizar una doble función: vendedor del terminal y gestor de la contratación del servicio de telefonía con algún operador. A menudo, el establecimiento ofrece ventajas adicionales en la compra de terminales en relación a su adquisición a través de los establecimientos o servicios de atención al cliente de los operadores (entrega inmediata, opción de cambio, seguro, adquisición y reciclaje del móvil antiguo, servicio postventa cercano al cliente, mejor precio garantizado¹³, proximidad en caso de reparación y ejercicio de los derechos de garantía...); respecto al contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones, proporciona información centralizada y asesoramiento (“neutral”, según proclaman los propios establecimientos) sobre las tarifas o paquetes de servicios ofrecidos por los diversos operadores, que mejor se adaptan a las necesidades del usuario (catálogo mensual o información personalizada facilitada por los empleados del establecimiento). Esta actividad tiene un valor añadido en cuanto evita al usuario “peregrinar” por las tiendas o servicios de atención al cliente de cada operador para consultar sus ofertas, pudiéndolas conocer de forma centralizada y comparativa gracias a la intervención del establecimiento. Naturalmente y a pesar de que en la conciencia social no se percibe, el establecimiento incurre en costes pues precisa formar a su personal, realizar llamadas, alquilar locales...

Es cierto que frecuentemente el usuario no hace uso de servicio de asesoramiento alguno. Es él quien analiza las diversas ofertas existentes en el mercado y acude al establecimiento para solicitar la contratación de una tarifa concreta con un operador determinado. Esta forma de proceder no sirve para negar la función informativa y de

disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹³ Si el cliente aporta prueba original e inequívoca del menor precio de otro comercio tradicional, excluida la web, que venda igual producto original, modelo, fabricante y especificaciones a precio inferior (incluido impuestos y gastos de cualquier clase), en las mismas condiciones (tipo de tarifa, contrato, prepagado y/o libre), el establecimiento abonará al cliente el 110% de la diferencia en caso de que haya adquirido el producto, o si el cliente aún no ha procedido a la compra del producto, le igualará el precio de venta.

asesoramiento del establecimiento, basta que el usuario tenga a su alcance esa función, -aunque *de facto* no la utilice-, para admitir que el establecimiento proporciona un valor añadido.

No es habitual que el establecimiento cobre un cargo al usuario por el asesoramiento y gestión, aunque podría hacerlo como lo hace cualquier otro gestor (piénsese en la gestoría o agencia inmobiliaria a la que se solicita asesoramiento para redactar un contrato de alquiler entre particulares). Más propio parece que sus retribuciones procedan de pactos con los operadores, percibiendo una eventual retribución (“comisión”) en función del volumen de contratos realizados. En este supuesto, cabe pensar que la cláusula de permanencia o el consumo mínimo trasladan al usuario las condiciones impuestas por el operador de telecomunicaciones al propio establecimiento para retribuir la gestión de contratos y la captación de clientes, de modo que es el operador el que exige la permanencia y el consumo mínimo del usuario para proceder al pago de la comisión al establecimiento. Es el operador el beneficiario de la permanencia y del consumo mínimo (fórmula para recuperar el desembolso hecho en favor del establecimiento que ha gestionado el contrato y ha asesorado al cliente). En el caso de que el cliente cause baja antes de lo pactado, el establecimiento de distribución deberá restituir total o parcialmente la comisión cobrada por el “cliente fallido” (el que ha causado baja antes de concluir la permanencia), por ello, el usuario tendrá que abonar al establecimiento una penalización “extra”, adicional a la derivada de la baja en el contratado de servicios de telefonía (de la que es beneficiario el operador de telecomunicaciones).

De nuevo, las condiciones en las que ofrece los servicios de gestión son libremente determinadas por el propio establecimiento. Si bien, conforme a los citados artículos arts. 20.1,c.II y 60.2,b del TRLGDCU, se ha de extremar la exigencia de información facilitada por el establecimiento sobre la existencia y aplicación de las cláusulas de consumo mínimo, permanencia y penalización. El usuario ha de ser consciente de que la contratación a través de estos establecimientos conlleva un cargo adicional (el de permanecer al menos cinco meses con un consumo mínimo y en caso de darse de baja antes de esa fecha, abonar una penalización adicional a la derivada de causar baja en el contrato de prestación de servicios de telefonía). La información debe ser especialmente clara porque en el contexto actual el usuario medio, como el protagonista de la consulta, percibe a estos establecimientos como simples “intermediarios”, cuya actuación no justifica el pago de cargo alguno.

Como en el escenario anterior, estas cláusulas quedan supeditadas a los controles propios de las condiciones generales de la contratación incluidas en los contratos

con consumidores (control de incorporación o de transparencia ex arts. 5 , 7 y 10 LCGC y art. 80.1,b TRLGDCU y control de contenido o abusividad ex arts. 80.1,c , 82 TRLGDCU y 8.2 LCGC).

Escenario 3: la cláusula de permanencia y consumo mínimo como fórmula de facturar al usuario un cargo adicional por la gestión realizada

El establecimiento se limita a actuar como “agente” de un operador, de modo que su función es la de captar clientes para un operador de telecomunicaciones, actuando de forma muy similar a la que actúan los propios establecimientos de la marca del operador. Ni regala terminales, ni ofrece tarifas más reducidas. Es un mero gestor, que actúa en la celebración del contrato por cuenta del operador de telecomunicaciones. De nuevo, como cualquier gestor (vuélvase al ejemplo de la gestoría a la que se pide asesoramiento o se encarga la redacción de un contrato de alquiler entre particulares), el establecimiento podría cobrar al usuario por su labor de gestión bajo el concepto de “gastos asociados a la celebración del contrato”, siempre que informara claramente de ello al usuario y éste fuera consciente de que la celebración del contrato a través de este tipo de establecimientos conlleva para él un coste añadido superior al que incurriría si celebrara el contrato en una tienda del propio operador o a través de su servicio de atención al cliente.

En este caso, el operador podría facturar los gastos asociados a la celebración del contrato en forma de “pago único” o bien podría configurarlo como un pago fraccionado a lo largo de un plazo previamente fijado coincidente con la duración de la cláusula de permanencia ($0,60 \text{ €} * 5 \text{ meses} = 3 \text{ €}$), es decir, podría encubrir este cargo bajo la apariencia de consumo mínimo con la correspondiente cláusula de permanencia (distinta a la permanencia en el contrato de prestación de servicios con el operador). El modelo es similar al generalizado actualmente para la adquisición de terminales: el usuario decide si lo compra y paga en pago único en el momento de perfeccionar el contrato o si prefiere pagarlo de forma fraccionada a lo largo de un tiempo que suele coincidir (aunque no siempre) con la cláusula de permanencia en el contrato de prestación de servicios. En este contexto, el operador de telecomunicaciones recauda mediante la factura de servicios el concepto de consumo mínimo, que después restituirá al establecimiento como “comisión” por la captación de clientes.

Si esta es la opción, se debe especificar claramente que el consumo mínimo y la permanencia obedecen al pago de gastos de gestión y en cualquier caso, dar al usuario la opción de pagar el cargo en un solo pago sin permanencia alguna. Sea como fuere, se impone, una vez más, al establecimiento el deber de informar para

que el usuario pueda libre y conscientemente elegir el establecimiento en el que contrata (arts. 20.1,c.II y 60.2,b del TRLGDCU).

3. Control de incorporación

Como es sabido, el hecho de que el usuario no haya leído el contrato firmado con el establecimiento no significa que este contrato o alguna de sus cláusulas queden invalidados. Para llegar a tal conclusión habrá que valorar si el usuario ha tenido la posibilidad de leerlo, aunque *de facto* no lo haya hecho; también habrá que analizar si el establecimiento ha utilizado técnicas encaminadas a recabar la firma sin informar al usuario de que estaba celebrando dos contratos, uno con el operador de servicios y otro con el propio establecimiento de distribución. Sobre el establecimiento recae la carga de probar que ha puesto a disposición del usuario la información en el momento de la celebración del contrato; mientras que recae sobre el usuario la carga de probar que el establecimiento actuó de forma dolosa (ej. presentó a la firma todos los documentos diciendo que eran varios ejemplares de un mismo contrato). Si el establecimiento informó de la doble contratación y puso a disposición del usuario las condiciones generales antes de la contratación, la cláusula habrá superado el primer control de incorporación, considerado como control de legibilidad (arts. 5, 7 y 10 LCGC y art. 80.1,b TRLGDCU).

No obstante, conforme a la reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de transparencia y cláusulas suelo, es exigible un plus de transparencia. Es necesario que el usuario tenga conocimiento de que la cláusula de consumo mínimo, permanencia y penalización en caso de baja anticipada a favor del establecimiento distribuidor define el objeto del contrato de gestión celebrado con dicho establecimiento (cfr. STS 9 mayo 2013, RJ 2013\3088 FJ 15º § 256 y 259¹⁴). En cualquiera de los escenarios posibles, -descritos en el apartado anterior-, y especialmente en los escenarios segundo y tercero, se exige que el establecimiento informe con carácter previo a la contratación de la existencia de la cláusula de permanencia, del concepto por el que se impone (costes de gestión), de su contenido y de sus efectos (penalización por no cumplir la permanencia). Sólo se superará este segundo control de transparencia si el usuario es consciente de que de

¹⁴ 256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. [...]

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero *también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia* mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención. [...]

una forma o de otra, la contratación a través de estos establecimientos genera para él un cargo adicional (en el caso, de 3 euros), que retribuirá en forma de consumo mínimo (0,60 €) durante cinco meses y que en caso de no abonar este importe, tendrá que hacer frente a una penalización (en el caso, de 96 €). No parece que la mera y aséptica inclusión de la cláusula en el contrato sirva para cumplir los estándares de transparencia en los términos exigidos actualmente por el Tribunal Supremo. Si el establecimiento de distribución se ha limitado a incluir la cláusula de permanencia y consumo mínimo en el clausulado de condiciones generales de la contratación sin añadir información adicional alguna sobre la existencia, concepto y efectos de la cláusula, cabe afirmar que ésta no queda incorporada al contrato, pues el usuario medio no espera que el establecimiento intermediario le cobre un cargo adicional por gestionar el contrato y mucho menos que le penalice con una cantidad tan elevada (96 €), si se da de baja antes del plazo de permanencia estipulado. En este contexto, el usuario no tendría obligación de abonar la penalización exigida¹⁵.

Corresponderá al establecimiento probar que ha informado expresamente al usuario de la existencia de la cláusula de penalización incluida en el contrato con el establecimiento.

4. Control de contenido o abusividad

En el caso de que las cláusulas analizadas superaran el control de transparencia, habrá que valorar si en cualquiera de los escenarios posibles (condiciones de la aplicación de ofertas especiales del establecimiento; traslado al usuario de las condiciones de retribución impuestas al establecimiento por el operador; facturación fraccionada de un cargo por la gestión del contrato), las cláusulas son proporcionadas a los beneficios obtenidos por el cliente y si realmente responden a la prestación de un servicio o por el contrario, si se trata de cuantías que retribuyen servicios no prestados realmente o indemnizan daños no ocasionados (art. 87.6 TRLGDCU¹⁶).

En principio y a falta de más datos, cabe afirmar que el pago de una penalización de 96 € en caso de baja anticipada (entendemos que antes del transcurso de cinco

¹⁵ Cfr. SAP de Ciudad Real de 23 diciembre de 2012 (JUR 2012\25537).

¹⁶ Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

6. 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, [...], el *abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente*, [...] o la *fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados*.

meses) es abusivo por desproporcionado y por cargar al usuario unos daños que el establecimiento de distribución no ha sufrido realmente (art. 87.6 TRLGDCU). Corresponde al establecimiento probar que la penalización es proporcionada a los beneficios obtenidos por el cliente (terminal subvencionado o tarifas especiales en el escenario 1¹⁷) o a los daños ocasionados por la baja anticipada y correlativo impago de los costes de gestión (en los escenarios 2 y 3). Si en el escenario 1 resulta cuestionable que los daños se cifren en 96 €, en los escenarios 2 y 3, resulta claramente increíble. En este último caso, la penalización de 96 € será considerada abusiva (art. 87.6 TRLGDCU).

5. Conclusiones

- 1^a. El establecimiento distribuidor de telefonía puede imponer como condiciones generales de la contratación las cláusulas de consumo mínimo, permanencia y penalización bajo tres conceptos distintos: contrapartida a las condiciones más favorables de adquisición del terminal o de contratación del servicio ofrecidas por el propio establecimiento (escenario 1); traslado al usuario final de las condiciones impuestas por el operador al distribuidor para percibir una retribución por su labor de captación de clientes y gestión de contratos (escenario 2); coste de gestión o retribución por el servicio de asesoramiento y gestión del contrato cargado al usuario en forma de consumo mínimo fraccionado a lo largo del plazo de permanencia (escenario 3).
- 2^a. En cualquiera de los escenarios, se imponen al establecimiento *especiales deberes de información y transparencia* (arts. 20.1,c.II ; 60.2,b y 80.1,b TRLGDCU y 5 y 7 LCGC), cuyo cumplimiento debe exigirse con especial rigor en los escenarios 2 y 3: el usuario debe saber que la contratación a través de estos establecimientos conlleva para él un coste adicional y superior al que incurriría si contratara directamente en los establecimientos de la marca de un operador concreto, a través del servicio de atención al cliente o a través de la web de cada operador. Las exigencias de información son especialmente intensas porque no existe una conciencia social de que la intervención de estos establecimientos puede ocasionar un coste añadido para el usuario. Como el usuario protagonista de la consulta, el usuario medio piensa que estos

¹⁷ V. sentencias AP Barcelona de 29 marzo de 2010 (JUR 2010\163159) y de 12 abril de 2006 (JUR 2006\236888); sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vitoria (Provincia de Álava) de 26 octubre de 2013 (JUR 2013\239224). En todas ellas, se declara justificada la cláusula de permanencia incluida en el contrato de prestación de servicios de telefonía en atención a los beneficios obtenidos por el consumidor (adquisición de terminal a precio subvencionado).

establecimientos son “meros intermediarios” y que no cobran al usuario por la realización de gestiones (que sí ocasionan costes al establecimiento: formación de los empleados, llamadas telefónicas, alquiler de locales...). Si no superan el control de transparencia, las cláusulas de consumo mínimo, permanencia y penalización no quedarán incorporadas al contrato (arts. 7 y 10 LCGC).

- 3^a. Superado el control de transparencia, se ha de **valorar si las cláusulas de consumo mínimo, permanencia y sobre todo, la cláusula de penalización son proporcionadas a los daños ocasionados al establecimiento en caso de baja anticipada (arts. 80.1,c, 82 TRLGDCU y 8.2 LCGC)**. Es posible que cuando se han obtenido ventajas adicionales (ej. terminal subvencionado o gratuito), la penalización de 96 € esté justificada, pero cuando no hay estas ventajas adicionales y únicamente se pretende retribuir la gestión del establecimiento con cargo al operador o al usuario (escenarios 2 y 3, respectivamente), todo parece indicar que la penalización es abusiva ex art. 87.6 TRLGDCU.