

Spread the love



Sentencia

- Texto de la [Sentencia del Tribunal de Justicia \(Sala Segunda\) de 13 de septiembre de 2018](#).
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contra Wind Tre SpA, anciennement Wind Telecomunicazioni SpA
- [Conclusiones del Abogado General](#)



Lariño. A Coruña

Los hechos subyacentes a esta decisión del TJUE pueden resumirse como sigue:

En 2012, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridad de Defensa de la Competencia italiana; AGCM) impuso unas multas a las sociedades Wind Telecomunicazioni (hoy Wind Tre) y Vodafone Omnitel (hoy Vodafone Italia) por haber comercializado tarjetas SIM (*Subscriber Identity Module*) en las que se habían preinstalado y preactivado ciertos servicios de navegación por Internet y de contestador telefónico. Los gastos correspondientes se facturaban al usuario a menos que éste solicitase expresamente la desactivación.

La AGCM sancionó a ambas sociedades por no haber informado adecuadamente a los

consumidores y en su resolución se fijaba en ciertos comportamientos en concreto en que las mercantiles no informaron sobre la preinstalación, ni tampoco sobre la preactivación de dichos servicios, así como a la circunstancia de que los consumidores no habían sido informados de que los servicios a los que accedían eran de pago, dando lugar el sistema preinstalado incluso a conexiones onerosas a Internet sin conocimiento del usuario, en particular a través de las aplicaciones denominadas «*always on*».

Las empresas recurrieron las sanciones y el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal regional de lo contencioso-administrativo del Lazio, Italia) , estimó la demanda basándose fundamentalmente en la falta de competencia de la AGCM sobre unos comportamientos en el sector de las telecomunicaciones que deberían haber sido objeto de control por la Autoridad sectorial. En este sentido se apoyaba el Tribunal administrativo en lo dispuesto en la [Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas \(Directiva marco\)](#), y en la [Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas \(Directiva servicio universal\)](#), que a los efectos de esta entrada agrupamos como «Directivas sectoriales».

Formulado el recurso en segunda instancia, el asunto alcanzó al TJUE que resolvió el 13 de septiembre de 2018, distanciándose en algunos aspectos de las Conclusiones del Abogado General de 31 de mayo de 2018. Señalamos a continuación los aspectos de la STJUE que consideramos más destacables para el estudio de las asignaturas vinculadas a esta entrada:

- En relación con la deslealtad de la práctica y con su carácter agresivo, **el TJUE subraya que la contratación, incluida la solicitud de servicios debe ser el resultado de una elección libre y consciente del consumidor.** Por lo tanto y en



Ponferrada. Castillo de
templarios

relación con los hechos aquí controvertidos afirma que cuando el consumidor no es informado de que adquiere una tarjeta con servicios preinstalados y preactivados, ni sobre el coste de los mismos no puede afirmarse que esté contratando libremente.

- En esa línea afirma el TJUE que resulta indiferente para valorar el consentimiento libre del consumidor, el que la activación de los servicios haya podido requerir alguna acción consciente del consumidor o que tuviese la posibilidad de desactivarlos, consideración que a nuestro juicio resulta muy adecuada ya que, si desconoce su existencia de entrada, el resto de los datos carecen de valor informativo.
- El TJUE subraya que los comportamientos que subyace a la cuestión prejudicial constituye además y más concretamente un “suministro no solicitado”, por lo tanto, una práctica comercial desleal en el sentido 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, y más específicamente una práctica agresiva
- Eso si, **explica el TJUE que corresponde al Tribunal nacional comprobar si tales fallos informativos se habían producido; así como identificar el grado de perspicacia de un consumidor medio** en el sentido 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.

- Conviene llamar la atención sobre la circunstancia de que el TJUE **alcanzó a este respecto una conclusión distinta de la había hecho pública** el Abogado General.
 - En efecto **el Abogado General Manuel Campos Sánchez-Bordona** había indicado en sus Conclusiones, que el mero hecho de no informar de la preinstalación de los servicios de contestador y de acceso a Internet en una tarjeta SIM destinada a ser insertada en un teléfono inteligente no constituiría una práctica comercial desleal o agresiva.
 - Además, frente a lo que después sería afirmado por el TJUE, **el Abogado General Sánchez-Bordona si entró a valorar el grado de conocimiento** de un consumidor medio en relación con el sistema de activación de servicios. E incluso consideró que en su opinión, ese «consumidor medio» si conocería los mecanismos de activación, según explica.
 - Con todo, Sánchez-Bordona si señaló

que la conducta en cuestión no fuese merecedora de la calificación de desleal, el usuario debería haber sido previamente informado, y en este plano coincidieron el Abogado General y el TJUE al afirmar ambos la competencia del juez nacional para valorar si el consumidor había sido informado.



Coimbra

- **Sobre el posible conflicto entre la Directiva de prácticas desleales y la Directiva sobre Servicio Universal en relación con los derechos de los usuarios finales y en relación con la supervisión**, el Tribunal de Justicia afirmó que en el asunto decidido no existe conflicto entre la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales y la Directiva sobre el servicio universal en lo que respecta a los derechos de los usuarios finales. **Y que además, el Derecho de la UE no se opone a una reglamentación nacional que confiera competencia en estas cuestiones a la Autoridad de Defensa de la Competencia, frente a la autoridad sectorial (en este caso sería la competente en materia de telecomunicaciones)**. En efecto, la Directiva sobre prácticas desleales regula aspectos concretos como el suministro no solicitado y las Directivas sectoriales de telecomunicaciones obligan al proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas a facilitar determinada información en el contrato. Pero en las circunstancias enjuiciadas son aplicables las normas pertinentes de la Directiva 2005/29.

Para una mejor comprensión de esta STJUE:

- Reproducimos su apartado 58: *«el artículo 3, apartado 4, de la Directiva 2005/29 dispone que, en caso de conflicto entre las disposiciones de esa Directiva y otras normas de la Unión que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, estas últimas normas prevalecerán y serán aplicables a esos aspectos concretos. Por consiguiente, como lo confirma su considerando 10, dicha Directiva sólo se aplica cuando no existan disposiciones específicas del Derecho de la Unión que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales (véase, en particular, la sentencia de 16 de julio de 2015, Abcur, C-544/13 y C-545/13, EU:C:2015:481, apartado 79)».*
- Y, el apartado 61 *«Por lo tanto, sólo existe un conflicto como el contemplado en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva 2005/29 cuando disposiciones ajenas a esta última que regulan aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales imponen a los comerciantes, sin margen alguno de maniobra, obligaciones incompatibles con las que establece la Directiva 2005/29.».*
- Y el apartado 64 *«...aunque en el ejercicio de sus funciones, las autoridades nacionales de reglamentación estén obligadas, con arreglo al artículo 8, apartado 4, letra b), de la Directiva Marco, a defender los intereses de los ciudadanos de la Unión garantizando a los consumidores un alto nivel de protección, la Directiva Marco y la Directiva sobre el servicio universal no establecen una armonización completa de los aspectos relativos a la protección de los consumidores (sentencia de 14 de abril de 2016, Polkomtelt, C-397/14, EU:C:2016:256, apartado 32 y jurisprudencia que allí se cita).».*



Lariño, antes da tala

- Cabe añadir que en este sentido el Abogado General ya había recordado que la

Directiva 2005/29 está llamada a aplicarse a toda práctica comercial desleal, con independencia del sector económico concernido, en aras de la mejor protección de los consumidores. Y que en los asuntos litigiosos que se estaban formulando no existía conflicto entre la Directiva 2005/29 y las Directivas sectoriales, sino que se trataba de un supuesto en el que se impone su aplicación integrada.

[Las Conclusiones del AG habían sido recogida en el Informe de Consumo y Derecho Mayo-Junio 2018 A cargo de M^a del Mar Gómez Lozano](#)

Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Almería. Y, la Sentencia en el [Boletín 30-3](#) del Centro Europa Direct «Luis Ortega Álvarez» de la UCLM; en el [Diario de Derecho IUSTEL](#), entre otros