

**¿Se podría considerar como abusiva la cláusula que establece una penalización de 190 euros por baja anticipada del contrato para el servicio Movistar Fusión?**

*Lourdes García Montoro*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

La organización de consumidores FACUA exige que Movistar retire la penalización de 190 euros a los clientes de Movistar Fusión por darse de baja en sus servicios de forma anticipada.

**1. Cláusula en discordia**

La compañía telefónica requiere a sus clientes un compromiso de permanencia de 12 meses con el servicio de línea fija y móvil, imponiéndoles la penalización en caso de que se den de baja del servicio con anterioridad al periodo establecido.

La cláusula controvertida prevé varios supuestos:

*“- En el caso de que des de baja la conexión fija (Línea Fija y/o ADSL;VDSL o Fibra), no existirá penalización alguna mientras mantengas de alta la línea móvil principal asociada a un Gasto Mínimo de 30€/mes (Sin IVA) durante el resto del periodo de permanencia.*

*- Por otra parte, si se da de baja la línea móvil antes de finalizar el compromiso siempre habrá una penalización de 190€ (Sin IVA) (lo mismo ocurre en el caso de las líneas móviles adicionales).*

*Al firmar dicho compromiso de permanencia en la modalidad Movistar Fusión te comprometes* *a:*

*- Mantener un servicio de banda ancha fija (Movistar ADSL/VDSL/Fibra con llamadas a móviles) por un periodo de 12 meses y con una penalización por baja anticipada de la línea Móvil principal de 190€ (Sin IVA).*

*En caso de baja del servicio fijo, todos los contratos móviles asociados (Línea Móvil Principal y líneas adicionales si las hubiere) pasarían automáticamente a facturarse por un gasto mínimo de 30€/mes (Sin IVA).”<sup>1</sup>*

## **2. Normativa aplicable**

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) contiene varias referencias a las cláusulas abusivas que pueden resultar de aplicación al caso en sus artículos 62.2 y 3, artículo 82.1, artículo 85.6, y en el artículo 87.6. Estos preceptos consideran abusivas las cláusulas que imponen una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones, hecho que supone un obstáculo oneroso y desproporcionado al ejercicio de derechos reconocidos al consumidor, como es el de poner fin al contrato, además de colocar a las partes en una situación de desequilibrio con respecto a los derechos y obligaciones derivados del contrato.

## **3. Argumentos a favor y contra la declaración de la cláusula como abusiva**

FACUA basa su requerimiento en el enriquecimiento injusto que supone para la compañía telefónica la imposición de esta penalización sin haber existido perjuicio equiparable, considerándolo contrario a lo estipulado en el artículo 87.6 del TRLGDCU. La penalización de 190 euros sin IVA supone un obstáculo al derecho del consumidor a poner fin al contrato, obligándole a abonar una cantidad por un servicio que no ha sido efectivamente prestado, no pudiendo corresponderse dicha indemnización con los daños efectivamente causados.

El beneficio que la compañía ofrece al consumidor es el unificar sus facturas de línea fija y móvil con una oferta especial, pero asociándoles un gasto mínimo que se ve equiparado con el precio conjunto de ambos servicios. Con lo cual, si el cliente da de baja el servicio y salvo que la compañía telefónica pueda probar lo contrario, no está causando ningún perjuicio efectivo, ya que el cliente paga por los servicios que recibe y no se ha visto beneficiado por obsequios o descuentos ofrecidos por la compañía. Ello supondría que, al no haberse causado un daño económico a la compañía que guarde relación con la penalización que se impone por la baja anticipada del servicio, la

---

<sup>1</sup> <http://www.ofertamovistar.es/Movistar/movistar-fusion?tid=B000BFOM>; apartado “Condiciones del servicio”.

cláusula devendría abusiva, y por ello nula, en base al artículo 83.1 en relación con el artículo. 87.6 TRLGDCU.

A pesar de que el consumidor se adhiere voluntariamente al contrato ofrecido por la compañía telefónica, en el que se exponen las características esenciales del contrato de forma anticipada, clara y comprensible, cumpliendo así los requisitos de información impuestos por el artículo 60 del TRLGDCU, la cláusula en conflicto denota un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de consumidor y empresario en perjuicio del consumidor, situación ésta que recoge como abusiva el artículo 82.1 del mismo texto legal y ha sido interpretada por la jurisprudencia en Sentencia 321/2011 de 12 de julio, de la Audiencia Provincial de Alicante.

Sobre un conflicto similar se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Ciudad Real en la Sentencia 343/2011 de 23 de diciembre, que considera abusiva la cláusula que impone al usuario la permanencia en el servicio de telefonía por la entrega de un terminal a través del cual la empresa presta sus servicios, considerando así mismo, que la oscuridad de un pacto limitativo de los derechos del usuario de telefonía no puede beneficiar a la parte predisponente del condicionado general. Se declara improcedente el cobro de una indemnización por cancelación del servicio antes de finalizar el periodo de permanencia estipulado en el contrato.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia 132/2010, de 23 de marzo (JUR 2010/163159), fundamento jurídico tercero, no considera abusiva la cláusula que impone una penalización al usuario ante el incumplimiento de un contrato de tracto sucesivo cuando el pacto ha sido claro y el consumidor conoce desde el momento de la firma las consecuencias del incumplimiento, máxime cuando el cliente percibe unos descuentos o ventajas concretas a cambio de su permanencia con la compañía por un periodo de tiempo determinado. En tal caso, es la compañía telefónica la que debe probar el perjuicio que se le ha causado, que justificaría la reclamación de la cantidad controvertida.

#### **4. Facultad judicial de moderación de cláusulas penales**

Los compromisos de permanencia incorporados a contratos con consumidores han de respetar un tiempo de duración no excesivo y, en cualquier caso, si el consumidor desiste antes de transcurrir el plazo estipulado, la pena ha de ser razonable, es decir, guardar correlación con los daños efectivamente causados (art. 85.6 TRLGDCU). La duración del compromiso de permanencia sería excesiva cuando la indemnización que

tiene que pagar el consumidor no guarde relación con los descuentos que percibe en su facturación a cambio de este compromiso, pues enriquece injustamente a la compañía telefónica al percibir un importe económico por unos servicios que no han sido prestados. Abundante jurisprudencia en la materia<sup>2</sup> considera abusiva la cláusula que establece una cantidad fija como penalización a la finalización anticipada al contrato, con independencia del momento en que efectivamente se produzca, pues cuanto más haya durado el contrato, menor ha de ser la pena.<sup>3</sup>

Con fundamento en el art. 1154 C.C. se les atribuye a los jueces la *facultad de modificar equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*. No puede compararse el incumplimiento del compromiso de permanencia al inicio de la relación contractual con su ruptura en un momento más tardío; se trata de un incumplimiento parcial que debe llevar a una ponderación de la situación de ambas partes, lo cual ayuda a determinar la penalización más justa y a lograr una posición de equilibrio entre los derechos y obligaciones de consumidor y empresario.

Por lo que respecta a la moderación de la cláusula penal ex artículo 1154 C.C., la SAP Barcelona 8 de noviembre 2007 (JUR 2008, 31391) reconoce la necesidad de ponderar equitativamente las indemnizaciones impuestas para los casos de ruptura anticipada del contrato cuando en éste obra compromiso de permanencia, máxime cuando el deudor ha afrontado parte de sus obligaciones. Aunque no se hayan cumplido las expectativas de facturación, cabe moderar la cláusula penal teniendo en cuenta el consumo llevado a cabo hasta el momento de finalización del contrato. De este modo, se iguala el desequilibrio generado por la imposición de una indemnización fija, con independencia del momento en que se cese en el disfrute del servicio.<sup>4</sup>

Decisión a destacar es la de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 13 de julio de 2004 (JUR 2004, 218494), al establecer que el periodo de permanencia persigue garantizar un determinado consumo telefónico, que beneficia tanto a la entidad telefónica como al consumidor, que va cumpliendo con las perspectivas de la compañía a medida que transcurre el periodo de 12 meses establecido como permanencia. Este cumplimiento parcial conduce a la moderación de la indemnización ex art. 1154 C.C.

---

<sup>2</sup> SSAP Barcelona 8 de noviembre de 2007, de 13 de julio de 2004 y de 29 de marzo de 2010.

<sup>3</sup> *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*; Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.; Thomson-Aranzadi, 2009; págs. 1099 ss.

<sup>4</sup> En el mismo sentido, SAP Barcelona 2 abril 2007.

En el mismo sentido, la SAP Barcelona 132/2010, de 23 de marzo (JUR 2010/163159), contempla la necesidad de moderar la indemnización impuesta al consumidor como consecuencia del incumplimiento contractual en función del tiempo que el cliente haya permanecido dado de alta en la compañía. Factores que actúan como moderación de la pena son el tiempo que reste de cumplimiento del periodo de permanencia y el coste económico que supone para la compañía la baja anticipada del cliente, tomando en consideración los servicios que se le ofertaron a un precio inferior del que se ofrecería en los casos en que no existe pacto de permanencia.

## **5. Conclusiones**

Examinados todos los presupuestos, y salvo que la empresa pueda probar el daño efectivamente causado, la cláusula parece desproporcionada y abusiva en base al artículo 87.6 TRLGDCU, ya que la indemnización impuesta como penalización a la finalización anticipada del contrato supone un obstáculo al ejercicio de los derechos del consumidor, conlleva el abono de una cantidad por servicios que no han sido prestados y grava al consumidor por tomar una decisión con la que parece no estar causando perjuicio efectivo a la compañía, más allá de la pérdida de un cliente.

Aún asumiendo la validez de la cláusula, se atribuiría al juez la facultad de moderar la indemnización tal y como prevé el artículo 1154 C.C., al haber cumplido el consumidor, al menos en parte, con las obligaciones adquiridas como consecuencia del contrato. Debería ser ponderado el tiempo que el cliente ha permanecido dado de alta en la compañía con el que reste del compromiso de permanencia e imponer, en base a ello, una penalización más equitativa para los intereses de ambas partes.