

¿ES POSIBLE PENALIZAR AL CONSUMIDOR QUE DESISTE DE UN CONTRATO CON COMPROMISO DE PERMANENCIA?¹

M^a del Sagrario Bermúdez Ballesteros
Prof. Ayudante (Doctora) Área de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 28 de septiembre 2015

1. Consulta

Se plantea una consulta al Centro de Estudios de Consumo que tiene que ver con una de las reformas introducidas en el TRLGDCU, en materia de derecho de desistimiento, por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. La cuestión formulada afecta al alcance que en el derecho de desistimiento tiene la nueva medida contemplada en el actual apartado 4 del art. 74, relativa a la imposición de penalizaciones “proporcionadas” al usuario que cesa o se da de baja anticipadamente en el contrato en el que había asumido un compromiso de permanencia.

Concretamente, la pregunta que se plantea es: el apartado 4º del art. 74 del RDL 1/2007 dispone que “en el caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia fijado en el contrato, la penalización por la baja en el contrato será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado”. El contenido de este precepto no deja lugar a dudas, pero al estar incluido dentro de las “Consecuencias del derecho de desistimiento”, podría dar lugar a equívocos, como por ejemplo para el caso que se ejerciera el derecho de desistimiento (lógicamente en plazo) de un contrato firmado con cláusula de permanencia; podría parecer, por la redacción de dicho precepto, que se tendría que pagar la penalización, cuando el ejercicio del derecho de desistimiento realizado en plazo no lleva aparejado gasto alguno para el consumidor como establece el art. 73 del propio RDL 1/2007.

¹ Trabajo realizado en el marco del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) otorgado al Grupo de investigación y centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: DER2014-5606-P.

2. Respuesta

2.1. Consideraciones generales

El 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 –TRLGDCU– fue modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo². Una de las modificaciones más importantes que dicha ley acometió en el TRLGDCU es la que afecta al derecho de desistimiento.

El derecho de desistimiento (cuyo régimen general se regula en los arts. 68 y ss. TRLGDCU), consiste en la facultad que se otorga al consumidor y usuario de dejar sin efecto, de forma gratuita, un contrato válidamente celebrado entre éste y un empresario; cuyo ejercicio ha de llevarse a cabo en el plazo dispuesto legalmente, sin que sea necesario para ello seguir formalidad alguna ni justificar a qué se debe tal decisión, siendo nula cualquier cláusula contractual que impida su ejercicio o imponga algún tipo de coste o penalización por ello.

En este sentido, el art. 68. 1 TRLGDCU señala: *“El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor o usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de este derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase.*

*Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento”*³.

Por tanto, si se desiste dentro de plazo, no cabe la imposición de penalización alguna.

Sin embargo, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, adicionó un apartado 4 al art. 74 TRLGDCU, dedicado a regular las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento, que dispone: *“en caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja, o cese*

² Dicha Ley transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores.

³ Además, el apartado 2 del art. 68 recoge los dos orígenes que puede tener este derecho: legal y convencional. Establece el precepto al respecto: *“El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad y en el propio contrato”*.

premature de la relación contractual, será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado”.

La coordinación de lo dispuesto en los arts. 68.1 y 74.4 TRLGDCU plantea la siguiente duda: si, por un lado, el art. 68 TRLGDCY específicamente señala que el desistimiento se ejercitará “*sin penalización de ninguna clase*” y, por otro, el art. 74.4 da a entender que sí cabe penalización por desistir en aquellos casos en que se haya suscrito compromiso de permanencia: ¿qué ocurre cuando se desiste en aquellos contratos en los que se ha establecido dicho compromiso?, ¿cabe penalización?, ¿cuándo empieza a regir dicha permanencia, antes o después de que haya transcurrido el plazo para desistir?

2.2. Art. 74.4 TRLGDCU: una acertada medida con una desafortunada ubicación

Sobre las cuestiones que acabamos de plantear, ya tuvimos ocasión de pronunciarnos a los pocos días de la publicación en el BOE⁴ de la Ley 3/2014. En aquella fecha ya se alertaba⁵ de la inadecuada ubicación normativa de la nueva regla, que previsiblemente daría pie a equívocos y consultas como la que ahora se plantea.

La lectura inmediata del nuevo apartado del art. 74 llevaba a una primera reflexión (incorpora una acertada medida con una desafortunada ubicación), que a continuación detallaremos:

- Desde el punto de vista teleológico, la **finalidad** que movió al legislador para adoptar la medida cuestionada fue **acertada**: se trataba de terminar con las frecuentes o habituales cláusulas “abusivas” que, en los contratos de prestación de servicios o suministros, de tracto sucesivo o continuado (como los de telefonía móvil), para los casos de baja o cese anticipado del contrato por parte del usuario, le imponían penalizaciones desproporcionadas (fijas o de orden creciente) por “marcharse antes de tiempo”⁶. Lo pretendido por el legislador fue evitar que en estos supuestos se aplicaran sanciones mayores

⁴ BOE núm. 76, de 28 marzo 2014.

⁵ Vid. BERMUDEZ BALLESTEROS, M^a. S., “La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 9/2014, págs. 107 y 108.

⁶ CÁMARA LAPUENTE, S. “Comentario al art. 62 TRLGDCU”, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la unión Europea*, Colex, Madrid, 201, págs. 538 y ss.

a las que corresponderían por los días de permanencia realmente incumplidos.

En este sentido, en el momento de entrada en vigor de la Ley 3/2014 fue habitual encontrar noticias, tanto en prensa como en la red, que sin reparar en otras repercusiones negativas que la ubicación de la novedosa regla pudiera tener, la aplaudían con titulares del tenor siguiente:

- “La penalización por permanencia será proporcional a lo que quede de contrato. Los consumidores que quieran darse de baja con una empresa de telefonía móvil no tendrán que pagar una tarifa fija por marcharse antes de tiempo”.
 - “Adiós a las penalizaciones abusivas. A partir del 13 de junio, si un usuario solicita la baja, la penalización tendrá que ser proporcional al tiempo que falte por finalizar el contrato. Se eliminan así las penalizaciones en bloque o aquellas que en vez de reducirse, se ampliaban según se hubiera disfrutado de la tarifa”.
- Sin embargo, la **ubicación** de la nueva previsión, incorporada en un precepto (art. 74) que se incluye en el régimen general del desistimiento ha de calificarse de **desafortunada**. Da pie a confundir el “derecho a desistir” -regulado en los arts. 68 a 79 TRLCU- con el “derecho del consumidor a poner fin al contrato” –contemplado en el art. 62.3 TRLCU⁷-. Las diferencias entre ambos son⁸:

⁷ El art. 62.3 TRLGDCU señala: “*En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato.*”

El consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la 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.”.

⁸ Se señalan las diferencias entre ambos derechos en la SAP Murcia, 12-01-2019 (AC 2010\321). La cuestión principal que resuelve esa sentencia versa sobre la polémica y no pacífica cuestión relativa a la posibilidad de resolución unilateral de los contratos de mantenimiento de ascensores por parte de las comunidades de propietarios y la validez o nulidad de las cláusulas contractuales en las que se fija el periodo de duración del contrato, las condiciones de prórroga del mismo y el importe de la cláusula penal que se fija como indemnización a favor de las empresas que gestionan el mantenimiento de tales ascensores.

- El primero es, esencialmente, una facultad que se concede al consumidor para desligarse del contrato celebrado, para cuyo ejercicio no hay que alegar causa alguna y por cuyo ejercicio, no cabe penalización alguna (arts. 68.1 y 73 TRLRCU); su ejercicio, por tanto, es gratuito y tiene eficacia *ex tunc*.
- El segundo permite al usuario decidir de forma unilateral la finalización de contratos de servicios o suministro continuado y nace como un instrumento tuitivo para el consumidor evitando su vinculación perpetua en esas relaciones obligatorias duraderas o indefinidas. Conforme al art. 62.3 TRLCU, el ejercicio de este derecho no puede llevar aparejadas sanciones o cargas onerosas o desproporcionadas, lo que no significa que se trate de un derecho gratuito⁹, pues la ley no exonera al consumidor de los gastos que pueda conllevar su decisión, ni nada impide que se pacte el pago de una multa o penalización en caso de ejercicio del derecho; por otro lado, la relación obligatoria se extingue para el futuro –eficacia *ex nunc*–, sin que tenga efectos retroactivos.

En la práctica, la interpretación literal y aislada del nuevo “añadido” incorporado al art. 74, provoca los siguientes efectos:

- Disuade al usuario de ejercitar un derecho (el de desistir) que la ley le otorga: se está impidiendo al usuario la posibilidad de comprobar (durante el plazo de desistimiento) si el servicio que ha contratado le satisface plenamente o no, pues en el supuesto de que optase por desistir dentro del plazo de 14 días, será cuando precisamente mayor sea la penalización que deba pagar.
- Permite que los empresarios sancionen a los usuarios que decidan desvincularse del contrato por haber ejercido su derecho a desistir de los servicios contratados dentro del plazo. De esta manera se estaría contrariando la caracterización legal como esencialmente “gratuito” de esta derecho.

Recuérdese que en el régimen general de ejercicio del desistimiento la regla general es la de indemnidad para el consumidor –no cabe penalización ni repercusión de gasto alguno por el ejercicio del mismo–. Dentro del contexto que

⁹ Vid. BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 34 y 35.

nos movemos, se puede afirmar que existe incompatibilidad, desde el punto de vista jurídico, entre los términos “desistimiento” y “penalización”¹⁰.

Por ello, parece más adecuado haber ubicado la previsión que se comenta fuera del régimen de ejercicio del derecho de desistimiento. Lo más oportuno hubiese sido incorporar la nueva medida en el art. 62.3 TRLGDCU. Efectivamente, las expresiones “baja o cese prematuro de la relación contractual” a que alude la nueva regla se han de equiparar con el término “poner fin al contrato” usado por el legislador en el art. 62 y no con el derecho del desistimiento del art. 68 y ss. TRLGDCU.

La previsión contenida en el art. 74.4 ha de ser considerada una concreción de las medidas establecidas por el art. 62.3 en el ámbito de las cláusulas contractuales obstruccionistas o limitativas del derecho del consumidor a poner fin al contrato. Considerar aplicable la nueva regla en el régimen de ejercicio del derecho de desistimiento, dando cobertura legal a las cláusulas contractuales que en estos casos impusieran penalizaciones al usuario, estaría restando protección al consumidor y facultaría para calificar a tales cláusulas como abusivas “por excluir o limitar o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor” (art. 86. 1 TRLGDCU)

3. Valoración final

La interpretación sistemática del art. 74.4 TRLGDCU (coordinado, entre otros, con los arts. 62, 68 y 73 TRLGDCU), guiada por el principio “*pro consumatore*”, que ordena la interpretación de las normas de la forma que procure más beneficios y protección al consumidor, nos lleva a concluir que, en un contrato con compromiso de permanencia:

- (i) **en caso de desistimiento dentro del plazo legal establecido, no cabrá la imposición de penalización alguna para el consumidor o usuario (ex. art. 68 TRLGDCU);**
- (ii) **la correspondiente penalización comenzará a regir cuando se dé por terminado el contrato por “baja o cese prematuro de la relación contractual” después de expirado el plazo de desistimiento (ex art 62.3 TRLGDCU).**

¹⁰ Recuérdese que en el nuevo régimen de desistimiento para los contratos a distancia y fuera de establecimiento (arts. 102 a 108 TRLGDCU) los únicos gastos repercutibles son los contemplados en el art. 107.2 (supuesto de selección de una modalidad de entrega del bien más costosa que la ordinaria) y 108 (régimen de compensación de gastos por los servicios efectivamente prestados).