



PENALIZACIÓN POR MUERTE

¿Están los herederos del abonado obligados a pagar la penalización por incumplimiento de la cláusula de permanencia de un contrato de servicios telefónicos?

- Ana I. Mendoza Losana-

Anaisabel.Mendoza@uclm.es

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil.

Centro de Estudios de Consumo

<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha: mayo de 2011

Se plantea consulta al Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha en los siguientes términos: formalizado contrato de compromiso de permanencia con una operadora de telefonía, en caso de fallecimiento del titular, ¿puede el operador facturar el importe de penalización, o bien, el mismo queda extinguido?

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Para responder adecuadamente a la consulta se han de formular algunas cuestiones previas:

- ✓ El contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones es un contrato de arrendamiento de servicios en la mayoría de las ocasiones de duración indeterminada. En este tipo de contratos, el usuario tiene derecho a causar baja en cualquier momento comunicándolo al operador con dos días de antelación (art. 87.6 TRLGDCU¹ y 7 CDUSCE²);
- ✓ No obstante, es habitual que las partes pacten una duración mínima del contrato imponiendo una cláusula de penalización en caso de baja anticipada del abonado. Naturalmente, estas cláusulas han de ser proporcionadas y no abusivas (art. 87.6 TRLGDCU);
- ✓ Analizadas las condiciones aplicadas en la contratación por diversos operadores de servicios de telefonía, se constata que la imposición de cláusulas de permanencia y

¹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 287, 30-11-2010) (TR LGDCU).

² RD 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones electrónicas (BOE núm. 131, 30-5-2009).

penalización obedece al hecho de haber aplicado un descuento especial al cliente que acepta la cláusula de permanencia. El descuento suele consistir en el regalo de un terminal (teléfono móvil, módem, ordenador...) o en una subvención para su adquisición a precio inferior al de mercado. De hecho, en algunos de los contratos analizados la cláusula de penalización consiste en el pago de “una cantidad que podrá ser de hasta el máximo que se detalla en ... este contrato en concepto de compensación por la subvención obtenida ... como descuento sobre el precio de mercado del terminal”;

- ✓ A menudo, las condiciones generales son excesivamente ambiciosas al determinar los supuestos que justifican la aplicación de la penalización. En algún contrato se habla de “baja anticipada por cualquier causa”, estableciendo que “*en ningún caso* la extinción, la resolución o el desistimiento del contrato exonerará al Cliente o al operador de sus obligaciones pendientes por cualquier concepto, como por ejemplo las contraídas al asumir la Condición Particular de Permanencia”. Sin embargo, no siempre la baja anticipada del cliente justificará la aplicación de la condición de permanencia y la correspondiente penalización. A pesar de la redacción literal de la cláusula, el cliente quedará exonerado de cumplir la condición de permanencia en caso de resolución por modificación por el operador de las condiciones contractuales (art. 9.2 CDUSCE) o por incumplimiento del operador (ej. servicio prestado defectuosamente) o en caso de que el contrato se extinga por retirada de la autorización al operador para prestar servicios de telecomunicaciones. Mantener la obligación en estos casos resultaría claramente abusivo por vulnerar la regla de la reciprocidad contractual (arts. 85.5 y 85.7 TRLGDCU). Por tanto, sólo se puede decir con propiedad que el usuario no queda exonerado de las obligaciones derivadas de la cláusula de permanencia en caso de desistimiento o baja voluntaria anticipada comunicada con dos días de antelación (decisión de no seguir recibiendo el servicio contratado, cambio de operador o cambio de plan de precios) o en caso de resolución del contrato derivada del incumplimiento del contrato por el usuario (uso indebido del servicio o impago). La muerte no puede incluirse ni en un supuesto de baja voluntaria ni en un supuesto de incumplimiento, pero sí de imposibilidad sobrevenida del cumplimiento;
- ✓ El contrato de prestación de servicios telefónicos se configura como un contrato personal y no susceptible de cesión, ni de subrogación, salvo autorización expresa del operador. En telefonía fija, servicio caracterizado por la adscripción del número a una edificación (vivienda familiar, local de negocio...), la muerte del abonado suele conllevar el cambio de titularidad. En cambio, el contrato de prestación de servicios de telefonía móvil es esencialmente personal (cada persona tiene su propio terminal y su propio número). El heredero no hereda el número o el contrato, sino que deberá comunicar la baja y liquidar las facturas pendientes. El problema es si el heredero, que estará o no interesado en heredar el terminal³, está también obligado a asumir la obligación de pago de la penalización.

³ Puede pensarse que el terminal es *una commodity inservible eb segunda mano* que no tiene valor como cosa hereditaria, pues cada uno tiene ya su propio terminal. Sin embargo, esto no es del todo cierto. En la mayoría de los casos el terminal usado ha perdido gran parte de su valor, pero no toda su utilidad. Puede liberarse y ser utilizado con otro operador o se puede utilizar como cámara fotográfica. Resulta ilustrativo

2. Razones por las que el heredero deberá o no pagar la penalización.

1ª. Desde la perspectiva de la **distribución de los riesgos**, la muerte es un caso fortuito que afecta a la relación contractual dando lugar a su extinción por razones no imputables a las partes. ¿Quién debe asumir el riesgo de muerte del usuario? ¿el propio usuario o el operador?

La muerte del abonado produce la extinción del contrato de prestación de servicios por imposibilidad de cumplir (arts. 1156 y 1184 CC). La muerte hace imposible el cumplimiento de una prestación específica de hacer (mantener la situación de alta) o no hacer (no darse de baja), a cargo del usuario y ello motivará su extinción y la liberación del deudor por imposibilidad de cumplimiento (arts. 1182, 1184, 1099 y 1595 CC). Correlativamente, deviene imposible por razones no imputables a ninguna de las partes el cumplimiento de la prestación principal a cargo del operador (prestar el servicio de telefonía). Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por imposibilidad objetiva de cumplimiento (art. 1124 CC) y ambos deudores quedarán liberados de sus respectivas obligaciones: el abonado de mantener el alta y el operador de prestar el servicio telefónico. Los contratos de telefonía móvil son de carácter personal, de modo que fallecido el abonado, el heredero comunicará la baja y aunque quiera no podrá subrogarse en la posición del abonado fallecido (ej. heredando su número).

La duda radica en determinar si la muerte del abonado produce también la extinción de la obligación de pagar la penalización, que es una obligación de dar cosa genérica (pago de dinero) y por ello no se hace nunca sobrevenidamente imposible (*genus nunquam perit*).

Aplicando las reglas generales sobre distribución de riesgos en obligaciones sinalagmáticas⁴, el acreedor de la prestación específica de hacer (permanencia) o no hacer (no darse de baja) es el operador, que no recibirá lo que le era debido (permanencia) y por ello no deberá pagar lo que había prometido o recuperar lo que hubiera pagado (terminal subvencionado). El riesgo de la prestación específica es siempre del acreedor (operador) (*periculum est creditori*) que va a dejar de recibir lo que esperaba recibir por el contrato (ingresos derivados de la permanencia). El riesgo obligacional de la contraprestación es como regla del deudor (en nuestro caso, el abonado), que no cobrará (*periculum est debitori*) o deberá restituir lo ya

el caso de muchos abuelos que no han estrenado nunca un móvil porque usan los que sus hijos o nietos dejan de utilizar por considerarlos antiguos. Además, el mismo criterio sería aplicable a otros bienes hereditarios (el ordenador, el reloj, el coche...).

⁴ Formulada de forma sencilla, “el que no recibe lo que le era debido, incluso por causa no imputable al deudor, no debe pagar los que había prometido y puede recuperar lo pagado anticipadamente”, v. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Aranzadi. 2010, pág. 968.

cobrado (el terminal subvencionado). La contraprestación por la permanencia es la subvención o regalo del terminal. El deudor es el cliente que tendrá que restituir el terminal regalado o subvencionado o su valor, calculado conforme a la cláusula penal. Por disposición contractual, el deudor que deja de cumplir la permanencia, independientemente del motivo, se verá obligado a restituir el valor del terminal conforme a lo estipulado en la cláusula penal. El riesgo de la contraprestación en los contratos sinalagmáticos es siempre del deudor de la prestación afectada por el riesgo (permanencia), y acreedor de la contraprestación (regalo de terminal), mientras el acreedor de la prestación específica (operador) asume como riesgo propio la ocurrencia de otros daños que la inejecución haya podido producirle (pérdida de ingresos derivados o recuperación de un terminal usado) y que el deudor de la prestación específica no estará obligado a indemnizar.

La muerte pertenece a la esfera de riesgos del usuario que firmó la permanencia (y ahora no puede cumplirla por razones inevitables y no imputables a él) y por ello, es él quien debe asumir este riesgo. Si el contrato no estableciera cláusula penal alguna, el usuario se vería obligado a restituir al operador el terminal (usado). La cláusula penal es la cláusula contractual que por libre decisión de las partes sirve para resarcir el interés del acreedor frustrado por el incumplimiento de la permanencia (independientemente de las razones que hayan motivado este incumplimiento). El deudor seguirá obligado a pagar la penalización a pesar de la imposibilidad de cumplimiento de la permanencia en la medida de su enriquecimiento derivado de la pérdida (la muerte hace que el heredero disponga de un terminal todavía no amortizado). El enriquecimiento deriva del regalo o subvención del terminal. En este contexto, es deseable en atención a la tutela de los derechos de los consumidores, que se introduzca en el contrato una **reglas de distribución de riesgos o de aminoración del riesgo del usuario** regla de distribución de riesgos que permita al heredero optar entre restituir el terminal todavía no amortizado o pagar la penalización. En ejercicio de esta opción, el heredero siempre podrá pagar la penalización y quedarse con el terminal (ej. la muerte se produce cuando solo falta un mes para el vencimiento de la permanencia, de modo que la penalización alcanzará un valor mínimo que puede resultar de interés para el heredero), pero también restituir el terminal usado. Podría invocarse que esta solución también ocasiona un desequilibrio contractual en contra del operador que ha regalado un terminal que no puede ser amortizado a consecuencia de un hecho no imputable tampoco a él (la muerte del usuario). Pero a pesar de que el terminal usado ha perdido valor, todavía puede reportar utilidad al operador (ej. como terminal de sustitución mientras se repara otro terminal, para realizar pruebas...etc.).

En defecto de la citada regla de distribución de riesgos que permitiera al usuario restituir el terminal usado, el heredero del fallecido tendrá que pagar la

penalización⁵, sin perjuicio de la facultad de moderación judicial en atención al tiempo de permanencia (art. 1156 CC)⁶.

2^a. Desde la óptica de la **reciprocidad contractual**, si la extinción del contrato por causas equiparables a la muerte del abonado acaecidas en la esfera de riesgo del operador, -como la extinción de la persona jurídica o la retirada de la autorización para prestar servicios de telecomunicaciones-, tienen como única consecuencia la extinción del contrato, sin prever indemnización alguna para los clientes perjudicados, tampoco la muerte del usuario podrá generar la aplicación de una indemnización (penalización) prevista para los supuestos de extinción anticipada del contrato por motivos imputables al usuario (baja voluntaria o incumplimiento). En este contexto, imponer al abonado el deber de pagar la penalización cuando la baja anticipada se produce por muerte introduce un desequilibrio siempre perjudicial para el usuario, pues el contrato no prevé la indemnización al usuario cuando la finalización se produce por razones sobrevenidas equiparables que afectan al prestador del servicio (art. 87.6 TRLGDCU).

3^a. **Por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus***. La muerte del abonado supone una alteración sobrevenida de las circunstancias que le impide el cumplimiento de su prestación de permanencia. Es discutible la aplicación de la cláusula *rebus* en este contexto en cuanto la muerte no puede ser calificada como un hecho “razonablemente imprevisible”. Al contrario, la muerte es el hecho más cierto que puede afectar a cualquier mortal y por tanto, debe ser considerado al firmar la cláusula de permanencia. Difícilmente prosperaría la pretensión del usuario de modificación contractual (extinción de la obligación de pago de penalización) basada exclusivamente en la aplicación de la cláusula *rebus*⁷. Es más, en el hipotético supuesto en el que se estimara la liberación de la cláusula de permanencia por esta vía, el heredero perdería también el derecho a la contraprestación, que es el valor del terminal regalado o subvencionado, viéndose obligado al pago de la penalización⁸.

Al contrario, sería el operador quien podría invocar la protección de la *rebus*, argumentando que entregó el terminal subvencionado en la consideración de que el

⁵ Obsérvese que se habla de la decisión del heredero de pagar la penalización o en su caso, no pagarla y sufrir las consecuencias legalmente previstas. Lo que no es admisible es la práctica adoptada por algunos operadores de cargar directamente a la cuenta del fallecido el pago de la penalización. Esta práctica es una forma de ejecución unilateral de cláusulas penales calificada expresamente como abusiva por el artículo 87.6 del TRLGDCU.

⁶ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de marzo de 2010 (JUR 2010/163159) se pronuncia sobre un supuesto de aplicación de cláusula penal por incumplimiento del usuario, que dejó de pagar el servicio telefónico argumentando la pérdida del puesto de trabajo. El juez ejerce su facultad moderadora y reduce la cantidad a pagar en concepto de penalización en proporción al tiempo de permanencia.

⁷ V. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, p. 1023.

⁸ Sobre la asignación del riesgo conforme a la regla *rebus sic stantibus* v. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, p. 1008.

contrato de prestación de servicios se iba a mantener durante un tiempo suficiente para su amortización (cláusula de permanencia); si el contrato de prestación de servicios finaliza prematuramente por razones sobrevenidas, no imputables a ninguna de las partes, se ocasiona un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, que precisamente se ha pretendido evitar con la cláusula de penalización. Si las partes han previsto los mecanismos para hacer frente a eventuales contingencias que pongan fin anticipadamente al contrato (cláusula penal), se debe respetar la voluntad contractual y no procede la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

De nuevo, resultan deseables reglas contractuales de distribución del riesgo de muerte (opción entre la devolución del terminal y el pago de la indemnización) o en su defecto y sólo si la muerte del usuario ocasiona un desequilibrio grave (ej. la muerte se produce a escasos días de la firma de la permanencia obligando a pagar una penalización cuantiosa), el juez podrá modificar el contrato para reequilibrar la situación contractual derivada de tal acontecimiento⁹.

4ª. Por analogía con otros supuestos legalmente previstos. Algunas normas de consumo prevén expresamente la liberación del deudor (consumidor) del cumplimiento de sus obligaciones e incluso del pago de penalización alguna cuando el cumplimiento de la prestación deviene imposible por caso fortuito o fuerza mayor. En ciertos casos, como en el contrato de viaje combinado, el viajero deudor de dinero –y que por ello nunca podría argumentar la imposibilidad de la prestación– puede sufrir riesgos que no afectan en puridad a su conducta debida (pagar el precio) sino a la actividad específica debida por el empresario y crédito propio del viajero. Ocurre así en las circunstancias de fuerza mayor a que se refiere el artículo 160 del TRLGDCU, en que el viajero no puede emprender el viaje como consecuencia de un suceso fortuito que le impide a él disfrutarlo, pero no impide ni dificulta al empresario el prestarlo (hipótesis del art. 159.4.b TRLGDCU). Suele tratarse de enfermedades que se manifiestan antes de la fecha del viaje. La enfermedad ocurrida en la esfera de riesgo propio del viajero se hallaría fuera del contrato. Pero la ley protege al consumidor y le permite desistir del viaje, como si ésta fuera su prestación debida, devenida imposible, resolviendo su obligación de pagar el precio¹⁰. En otras ocasiones, el propio legislador, consciente de que en estos casos el riesgo se ha producido en la esfera de control del deudor del precio, no del deudor de la prestación específica, reparte el coste del fracaso contractual (art. 657.IV, 677, 688.4º y 5º, 689.1º, 690 in fine, 696 CCom).

3. CONCLUSIONES

⁹ Sobre la asignación del riesgo mediante la regla *rebus sic stantibus*. v. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, p. 1009.

¹⁰ Como señala el profesor CARRASCO PERERA, “en el fondo, todo operado debidamente reconstruido, como una aplicación simple de la regla del sinalagma: el viaje no puede realizarse por hecho no imputable a la empresa, por lo que el deudor no debe pagar el precio” (*Derecho de Contratos*, pág. 980).

- 1ª. Conforme a la teoría general de la distribución de los riesgos en las obligaciones sinalagmáticas, los herederos del abonado deberían pagar la penalización, ya que la muerte afecta a la esfera de riesgo del abonado y es él quien, en principio, debe asumir las consecuencias de la imposibilidad de cumplir, consecuencia que, por disposición contractual, es el pago de la penalización. Así aisladamente considerada, la cláusula que obliga al heredero a pagar la penalización no sería ilegal;
- 2ª. No obstante, la citada cláusula de penalización ha de ser valorada en el conjunto del contrato. Si, como es habitual, el contrato, no prevé compensación alguna para los supuestos de imposibilidad de cumplimiento por razones equiparables a la muerte del abonado, que afectan a la esfera de riesgo del operador (extinción de la persona jurídica, extinción de la autorización para prestar servicios de telecomunicaciones...) entonces la cláusula será abusiva porque rompe el equilibrio contractual (art. 87.1, 87.3 TRLGDCU);
- 3ª. Para evitar el desequilibrio contractual al que se refiere el apartado anterior, el contrato ha de prever reglas de distribución del riesgo. En particular, se ha de reconocer al heredero un derecho de opción entre pagar la penalización y quedarse con el terminal o devolver el terminal regalado o subvencionado y no pagar dicha penalización.

En cualquier caso, en virtud de la potestad judicial de moderación de las cláusulas penales (art. 1154 CC) y en virtud del principio pro consumidor, cabrá aplicar ésta u otras cláusulas de distribución de riesgos, a pesar del silencio contractual;

- 4ª. Por analogía con otras reglas del Derecho de Consumo previstas legalmente, como el artículo 160 del TRLGDCU, relativo a viajes combinados, cabe esgrimir que el usuario fallecido no resulta obligado a pagar la penalización, pues su incumplimiento se debe a razones de fuerza mayor. No obstante, ante el silencio legal y en aras de la seguridad jurídica, se habrá de optar por la aplicación de la teoría general de las obligaciones con las matizaciones recogidas en las conclusiones anteriores.

Consciente de que las respuestas y argumentos expuestos resultan discutibles y dado que lo que pretende quien formula la consulta es una respuesta clara, la autora considera que para evitar el desequilibrio contractual, el contrato ha de prever reglas de distribución del riesgo. En particular, **se ha de reconocer al heredero un derecho de opción entre pagar la penalización y quedarse con el terminal o devolver el terminal regalado o subvencionado y no pagar dicha penalización.** Obligar al heredero a pagar la penalización en todo caso rompe el equilibrio contractual, es contrario al principio pro consumidor y se aparta sin clara justificación de lo establecido legalmente para otros supuestos con los que existe una identidad de razón, como es el caso de los viajes combinados. En caso de que el contrato no prevea ésta u otras cláusulas de distribución del riesgo, el juez podrá aplicarlas en ejercicio de su facultad de moderación de las cláusulas penales (art. 1154 CC).



*Centro de Estudios de
Consumo*

www.uclm.es/centro/cesco