



INFORME SOBRE LA POSIBLE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA QUE IMPONE UNA DESPROPORCIONALIDAD DEL IMPORTE PACTADO A SATISFACER POR EL ABONADO EN EL SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO DE PERMANENCIA QUE APLICAN DISTINTOS OPERADORES DE TELEFONÍA CUANDO CONTRATAN PRODUCTOS CON LOS CONSUMIDORES.

La Dirección General de Consumo de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid formula consulta, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, sobre el posible carácter abusivo de la cláusula de los contratos de telefonía que establecen una penalización, a satisfacer por el abonado, en el supuesto de incumplimiento del compromiso de permanencia que se contempla en el contrato, cláusula que aplican distintos operadores de telefonía cuando contratan determinados productos o servicios con los consumidores.

En torno a las cuestiones planteadas en la consulta de referencia se formulan las siguientes consideraciones:

La extinta Comisión Nacional del Mercado de las Comunicaciones, en su Resolución RO2006/422, procede al examen de las cláusulas de permanencia introducidas por TME y VODAFONE en sus contratos y señala al respecto lo siguiente: *"... la suscripción de compromisos de permanencia se ha desarrollado como una práctica general en el mercado minorista de telefonía móvil. La cláusula de permanencia puede tener por tanto efectos neutros incluso favorables para el consumidor, en particular si la oferta supone una mejora respecto de otras promociones y prevé la indemnización proporcional con el descuento percibido por el usuario a la hora de suscribir la promoción"*.

En el citado expediente se alega por VODAFONE que: *"El importe concreto a satisfacer por el abonado en caso de incumplimiento del compromiso de permanencia se calcula de manera proporcional al grado de incumplimiento del compromiso, dependiendo por tanto la penalización del momento en que el cliente solicita la baja del servicio, y existiendo una graduación de la cantidad a abonar"*.



Por su parte, TME alega que: *"El importe concreto a satisfacer por el abonado en el supuesto de incumplimiento del compromiso de permanencia será en todo caso proporcional al apoyo económico recibido. Ahorro económico del que el cliente se ha beneficiado y que será proporcional al número de meses que se ha respetado el compromiso de permanencia"*.

Como podemos ver en julio de 2007, fecha de la Resolución, las operadoras ya reconocían la necesidad de proporcionalidad entre el tiempo disfrutado del beneficio que se ha respetado el compromiso de permanencia, con el importe a satisfacer.

Efectivamente, tal como indica la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, el posible carácter abusivo de una cláusula de esta naturaleza debe ser valorado teniendo en cuenta las posibles ventajas que se deriven para el consumidor y usuario de la oferta comercial que se concreta en el contrato, así como de la proporcionalidad de la penalización que se contemple en el mismo, de forma que se mantenga el necesario equilibrio respecto a la posición de ambas partes. Por tanto, cabe destacar en primer lugar, que para determinar si una cláusula de este tipo es o no abusiva habrá que valorar caso por caso para comprobar si se dan o no estos requisitos. Sin embargo, con carácter general se puede afirmar que nada de esto se da en aquellos supuestos en quea medida que se acerca la fecha final de cumplimiento del compromiso de permanencia del contrato, y por tanto de liberalización del vínculo contractual para el consumidor, la indemnización que tiene que abonar a la compañía es mayor o bien aquellos otros en que se establece una indemnización fija con independencia del tiempo transcurrido de vigencia del contrato. En consecuencia, este informe se centra en el análisis del carácter abusivo de estos supuestos concretos.

La citada Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones finalizaba archivando el expediente por entender que se otorgaban ventajas al consumidor y usuario y no existía falta de proporcionalidad, reiterando no obstante la aplicabilidad de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en este supuesto y sin perjuicio de que los hechos denunciados pudieran ser examinados, en su caso, por los tribunales de justicia ordinarios de la jurisdicción civil a la luz de la normativa vigente en materia de protección de los consumidores y usuarios.

Dado que la cuestión que se presenta a interpretación, no tiene establecida una regulación legal propia e independiente, procede analizar las diversas normas, preceptos y conceptos jurídicos que



la configuran para que, de este modo, se pueda concluir si tales cláusulas son o no abusivas. Para ello acudiremos en primer lugar a las disposiciones del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas que en su preámbulo señala que *"esta protección específica del usuario de telecomunicaciones se añade, además, a la que todo consumidor y usuario tiene conforme a la legislación general de protección de los consumidores, en particular el TRLGDCU, así como la normativa autonómica dictada en la materia"*. Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores se protegen sobre todo en dos frentes: en uno se le defienden de las prácticas comerciales desleales; en el otro de las cláusulas abusivas incluidas en los contratos.

Las cláusulas abusivas, a diferencia de las condiciones generales, tienen su ámbito restringido a la relación de los profesionales con los consumidores, siempre que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente, sino *"pre redactadas, predispuestas e impuestas"*. La ausencia de negociación individual se presume iuris tantum, de manera que *"el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba"* (art. 82.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)

La legalidad de las cláusulas de este tenor, incorporadas en este caso a las condiciones generales de un contrato de telefonía, deben examinarse a la luz de las disposiciones que en materia de cláusulas abusivas se recogen en el TRLGDCU.

El artículo 62 del TRLGDCU regula "el contrato" en los siguientes términos:

1.- En la contratación con consumidores y usuarios debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato.

2.- Se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato.

3.- 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 las 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.

4.- Los contratos de prestación de servicios o suministros de productos de tracto sucesivo o continuado deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor y usuario puede ejercer su derecho a poner fin al contrato”.

Como vemos en este artículo se prohíben las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos a los consumidores y, en el párrafo segundo del apartado tercero, se contempla el derecho del consumidor a poner fin al contrato sin ningún tipo de sanción o de carga **onerosa o desproporcionada** y, a título de ejemplo, cita el abono de cantidades por servicios no prestados, lo que entraría en el supuesto que estamos examinando ya que, imponer el pago de una cantidad por la rescisión anticipada del contrato de manera que cuanto más cerca esté de la finalización del periodo de permanencia más elevada sea la cantidad que tiene que abonar el consumidor, o bien una cantidad fija con independencia del tiempo transcurrido de vigencia del contrato, supone sin lugar a dudas un obstáculo oneroso para el consumidor que ve mermado su derecho a cancelar anticipadamente el contrato y que no justifica el operador, pues el supuesto perjuicio que se le causa no está argumentado ni documentado y por tanto carece de toda base legal su imposición.

De conformidad con las disposiciones del texto refundido, para que una cláusula de un contrato pueda ser considerada como abusiva se tiene que dar tres requisitos: que no exista negociación individual de las cláusulas del contrato, que se produzca en contra de la buena fe un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, y que las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa, lleven a tal conclusión. Así se desprende del artículo 82 del TRLGDCU que establece la denominada cláusula general y dispone al efecto lo siguiente:



"Artículo 82. Concepto de cláusula abusiva.

1. Se consideran 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.

Además, el apartado 4 de este mismo artículo 82 del TRLGDCU está referido a la denominada lista negra de cláusulas abusivas recogidas en los artículos 85 a 90 del mismo, es decir aquellas cláusulas que en cualquier circunstancia son abusivas.

Artículo 82.4. "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 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”.*

Por otra parte, la declaración de nulidad por abusivas de una condición general corresponde, en principio, a los jueces (art. 83 TRLGDCU), sin perjuicio de la función de control y calificación que corresponde, respectivamente, a notarios y registradores (art. 23 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, art. 84 del TRLGDCU y art. 258.2 de la Ley Hipotecaria).

A las autoridades de consumo les corresponde la potestad sancionadora en materia de cláusulas abusivas, quienes podrán sancionar al profesional que utilice cláusulas abusivas en los contratos (art. 49 .1 letra i del TRLGDCU).

Partiendo de estas premisas, en el supuesto debatido se entiende que estamos en presencia de una cláusula abusiva por los siguientes motivos: se trata de una condición general incorporada a un contrato que no ha sido negociada individualmente y que, en perjuicio del consumidor, produce un desequilibrio importante entre los derechos de ambas partes que es contrario a la buena fe, en la medida en que nos encontramos con contratos que imponen una penalización que implica el cobro por servicios no prestados y que suponen un obstáculo oneroso y no proporcionado al derecho del consumidor a poner fin al contrato.

En concreto, dicha cláusula puede encuadrarse en el supuesto contemplado en el apartado 5 y 6 del artículo 87 del TRLGDCU, que contempla las cláusulas abusivas por falta de reciprocidad:

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

(...)

5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

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, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de las cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no correspondan con los daños efectivamente causados.”

En función de estas consideraciones y en respuesta a la consulta de la Comunidad de Madrid, cabe concluir que estamos en presencia de una cláusula abusiva por los siguientes motivos: se trata de una condición general incorporada a un contrato que no ha sido negociado individualmente y que, en perjuicio del consumidor, produce un desequilibrio importante entre los derechos de ambas partes que es contrario a la buena fe, que implica el cobro por un servicio no efectivamente usado o consumido de manera efectiva y que establece una limitación que obstaculiza el derecho del consumidor y usuario a poner fin a esos contratos.

Madrid, 4 de marzo de 2014