

LA PENALIZACIÓN POR LA EXTINCIÓN ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO

Su desigual adecuación a la normativa de los consumidores

Manuel Romeo Blanco

Doctor en Derecho y abogado
Universidad de Murcia

TITLE: *Pealties for early termination of supply contracts: their unequal alignment with consumer regulations*

RESUMEN: Si las regulaciones sectoriales que disciplinan contratos con consumidores deben respetar el nivel mínimo de protección de su propia normativa, es necesario comprobar cómo las propias del contrato de suministro eléctrico y del suministro de gas natural, interpretan el cumplimiento de su obligada adecuación a la protección mínima de esa normativa. En concreto, nos referiremos a sus distintas previsiones sobre la pretensión de penalizar la extinción anticipada de esos contratos de suministro, cuando es solicitada por el consumidor contratante antes de finalizar su primera anualidad. El objetivo último es tratar de verificar el desigual grado de compatibilidad de su respectiva forma de exigir tal penalización, con los obligados parámetros a los que el art. 62.3º y 87.6º del TRLGDCU condicionan su exigibilidad y que, en esencia, vienen a coincidir con los restrictivos requisitos a los que las Directivas de electricidad y de gas supeditan su aplicación contractual.

ABSTRACT: *If sector-specific regulations governing consumer contracts must respect the minimum level of protection established by their own legislation, it is necessary to examine how the regulations governing electricity and natural gas supply contracts interpret their obligation to comply with the minimum protection requirements of that legislation. Specifically, we will refer to their different provisions regarding penalties for the early termination of these supply contracts when requested by the contracting consumer before the end of the first year. The ultimate goal is to verify the varying degrees of compatibility between their respective methods of demanding such penalties and the mandatory parameters established by Articles 62.3 and 87.6 of the Spanish General Law for the Defense of Consumers and Users (TRLGDCU), which essentially coincide with the restrictive requirements that the Electricity and Gas Directives impose on their contractual application.*

PALABRAS CLAVE: contrato suministro, electricidad, gas natural, extinción anticipada, protección consumidores.

KEY WORDS: *Supply contract, electricity, natural gas, early termination, consumer protection.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS REFLEJADAS EN DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS: EL CONSIDERANDO 13 Y EL ART. 1.2º DE LA DIRECTIVA 13/93/CE. 3. LA PRETENSIÓN DE TRANSFORMAR UNA DURACIÓN CONTRACTUAL MÁXIMA DE SERVICIOS DE TRACTO SUCESIVO EN UNA DURACIÓN MÍNIMA. 4. LA PENALIZACIÓN POR EXTINCIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE SUMINISTRO ELÉCTRICO. 4.1.- *La regulación del derogado art. 4.5º del Real Decreto 1435/2002, de 27 diciembre: su aproximación al art. 62.3º TRLGDCU.* 4.2. La regulación del proyecto del reglamento general de contratación del sector eléctrico: su incompatibilidad con el art. 62.3º TRLGDCU. 4.3. *La regulación del Reglamento General de contratación del sector eléctrico en el Real Decreto 88/2026, de 11 febrero: la confirmación de su colisión con el TRLGDCU.* 5. LA PENALIZACIÓN EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE GAS: LA PREVALENTE APLICACIÓN DEL ART. 62.3º TRLGDCU U RESPECTO DEL ART. 1.152 CÓDIGO CIVIL. 6. LA DESCONEXIÓN DE LA PENALIZACIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DE GAS CON UN COMPROMISO DE

PERMANENCIA PACTADA DEL ART. 62.5º TRLGDCU. 7. EL ARTÍCULO 38 REAL DECRETO 1434/2002: LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE PENALIZACIONES E INDEMNIZACIONES DEL ARTÍCULO 62.3º TRLGDCU. 7.1 *La infracción de la prohibición de fijar «indemnizaciones que no se correspondan con daños efectivamente causados»*. 7.2. *La infracción de la prohibición de la «ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado unilateralmente»*. 7.3 *La infracción de la prohibición de exigir el abono de cantidades «por servicios no prestados efectivamente»*. 8.- LA MATERIALIZACIÓN DE ABUSOS DEL TRLGDCU CON LA PENALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 38 REAL DECRETO 1434/2002. 8.1. *La concurrencia de los parámetros de lo abusivo*. 8.2. *La ausencia de reciprocidad y de equilibrio*. 8.3. *Los principales contenidos abusivos*. 9. EL PAGO DE LA PENALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 38 REAL DECRETO 1434/2002: ¿UN VERDADERO CONDICIONANTE DE LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO? 10. EL DEBER DE RESTITUCIÓN DE LO COBRADO CON LA PENALIZACIÓN POR EXTINCIÓN ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO ELÉCTRICO Y DE GAS. 11. CONCLUSIONES. 12. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad principal del examen de las regulaciones sectoriales de la penalización por la extinción anticipada (durante su primera anualidad) de los contratos de suministro eléctrico y de suministro gas natural, será la de comprobar si una y otra regulación sectorial cumplen con el mandato legal (art. 59.2º TRLGDCU), de respetar el nivel mínimo de protección previsto en la normativa de los consumidores y usuarios, en concreto, con el exigido por el art. 62.3º y el art. 87.6º TRLGDCU¹.

En todo caso, debe aclararse, antes de nada, que la consideración de «consumidor» difiere sustancialmente en el Derecho de la energía y en el Derecho de consumo. En cuanto al primero, hay que advertir que el art. 2 y 6.1º g) de la Ley 24/2013, de 26 diciembre del Sector Eléctrico (LSE) hace suyo un concepto amplio de consumidor, abarcando tanto a las personas físicas o jurídicas que adquieren la energía para su propio consumo, aunque sin hacer una clara distinción respecto de excluir su condición cuando el consumo propio se efectúe dentro del contexto del ejercicio de una actividad comercial o empresarial. Sin embargo y como es bien sabido, el art. 3.1º del TRLGDCU parte de un concepto más restrictivo de consumidor, al exigir que el consumo se efectúe «en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial»².

¹ CÁMARA LAPUNTE, Sergio (2011). «Comentarios al art. 59 del TRLGDCU». *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Dir. Cámara Lapuente, Sergio, considera que la regla jurídica del art. 59.2º TRLGDCU, «podría encontrar su fundamento jurídico en el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico que la protección de los consumidores tiene (art. 1 TRLGDCU y arts. 51 y 53 CE)», dentro del trasfondo de aplicación del principio de norma más beneficiosa para el consumidor.

² Se hace eco de ese concepto más amplio del consumidor en la normativa sectorial de la electricidad y del gas, CÁMARA LAPUNTE, Sergio, «El concepto de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español. Aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº. 1, 2011, pp. 84-117, en concreto, p. 89. Precisa que «la dicción del art. 3 TR-LGDCU alude al actuar en

Para poder comenzar a contextualizar mejor la desigual vocación protectora de las regulaciones sectoriales indicadas (en función de su mayor o menor respeto de la normativa de protección de los consumidores), debe precisarse que, en relación al contrato de suministro de eléctrico, el art. 44.1º d) 9º de la LSE y el art. 18.5º del RD 216/2014, de 28 marzo sobre el régimen jurídico de contratación de la energía eléctrica, exigen (en lógica consonancia con el actual art. 59.2º TRLGDCU) que «Las condiciones generales serán equitativas y transparentes, y deberán adecuarse a lo establecido en la normativa vigente en materia de contratos con los consumidores». Sin embargo, una previsión tan explícita y directa como esa, no existe en la regulación sectorial (legal y reglamentaria) de los contratos de suministro de gas natural. En este sentido, no deja ello de extrañar, dado que en el mismo año de la Ley 34/1998, de 7 octubre del Sector de Hidrocarburos (LSH), la propia DAª 2ª LGDCU (incorporada a la LGDCU sólo unos meses antes por la Ley 7/1998, de 13 abril sobre CGC) exigía que toda regulación sectorial «en cualquier caso» respetase el nivel de protección de la normativa de los consumidores. No obstante y a pesar de incorporar la LSH una regulación sectorial de carácter legal, ni en su redacción inicial, ni en sus sucesivas modificaciones hasta la actualidad, se contempla la expresa exigencia de una adecuación de los contratos de suministro de gas natural a esa normativa de los consumidores. Lo único que prevé al respecto es la necesidad de que esos contratos se adapten o no sean contrarios a esa propia LSH³. Este pretendido desplazamiento de la

un ámbito ajeno a una actividad empresarial, no a su actividad empresarial». (p. 102), por lo que excluye a todo tipo de actos de consumo empresarial, estén o no relacionados con su principal actividad (p. 103). Al efecto del art. 4.5º RD 1435/2002, se consideran consumidores las personas que consuman electricidad sólo por estar conectadas a redes de baja tensión y con independencia de la potencia contratada y del volumen de energía consumida. Por el contrario, los destinatarios de los contratos de suministro de gas natural del art. 38 RD 1434/2002, son sólo los «consumidores con derecho a acogerse a la Tarifa de último Recurso» (TUR). El art. 93.1º a) LSH aclara que (al margen de las comunidades de propietarios) suelen ser «consumidores individuales con presión de suministro igual o inferior a 4 bar y consumo anual inferior a 50.000 kWh» (pequeños consumidores domésticos o pequeñas empresas). Por tanto, sorprende que a pesar de que sólo algunos de los primeros consumidores estén amparados por la normativa de protección de los consumidores y que los segundos lo estén todos. Sin embargo, veremos cómo la regulación sectorial de la penalización por extinción anticipada del contrato para éstos últimos (art. 38 RD 1434/2002) es la que más se distancia del mínimo de protección del TRLGDCU.

³ Podemos constatarlo a través del art. 57 bis LSH, que refiere la exigencia de que las condiciones de los contratos de suministro de gas «serán equitativas y se darán a conocer con antelación» (art. 57 bis e) 9º LSH) y «serán equitativas y transparentes» (art. 57 bis h) LSH). Ahora bien, lo que no explicita es la necesaria adecuación de esos contratos a la normativa de los consumidores. Al respecto, el art. 74.1º m) LSH tan sólo se hace eco de la obligación de las distribuidoras de «aplicar las medidas que se establezcan en relación con la protección de consumidores *que tengan la consideración de esenciales*». No obstante, lo que realmente se desconoce es cuáles de esas medidas se están considerando así por ese art. 74.1º LSH como «esenciales» y cuáles no, en cuanto parámetro determinante de esa tan selectiva previsión de aplicación. A su vez, ni el art. 10. 3º b) ni el art. 32 RD 1434/2002 exigen como obligación de esas distribuidoras adaptar sus contratos de suministro a la normativa de los consumidores. A las

relevancia de esa normativa de los consumidores por la de esa LSH, aún se hace más evidente con su desarrollo reglamentario ex RD 1434/2002, de 27 diciembre: 1.- Al referirse a los contratos de suministro a tarifa del mercado regulado (con empresas distribuidoras) su art. 37.2º refiere que «...podrán añadirse al contrato tipo de cláusulas particulares libremente acordadas en función de la especificidad del suministro, *sin más limitación* que la de no poder contener cláusulas contrarias a la Ley del Sector de Hidrocarburos ni a las normas vigentes en cada momento»⁴ y 2.- El art. 38 RD 1434/2002 *in fine*, al regular los contratos de suministro de gas en el mercado libre (con comercializadoras), ya considera a la LSH como el único límite de su contenido: «Dichos contratos no podrán contener cláusulas contrarias a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y disposiciones de desarrollo»⁵. Por ello, nuestra principal objetivo se encaminará a demostrar: 1. Por un lado, que la penalización prevista para la extinción anticipada de los contratos de suministro eléctrico, transita desde una inicial compatibilidad relativa con el art. 62.3º TRLGDCU (art. 4.5º Real Decreto 1435/2002), a una final aprobación de su regulación (Real Decreto 88/2026, de 11 febrero) infractora del mismo y posiblemente del art. 87.6º TRLGDCU, y 2. Por otro, que la aún vigente regulación de la penalización por la extinción anticipada de los contratos de suministro de gas (art. 38 Real Decreto 1434/2002), ya nace en el año 2022 colisionando con ambos artículos del TRLGDCU.

2. EL CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS REFLEJADAS EN DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS: EL CONSIDERANDO 13 Y EL ART. 1.2º DE LA DIRECTIVA 13/93/CCE

Una de las más habituales características detectadas en las regulaciones sectoriales propias del Derecho de la energía e incluidas en una disposición administrativa (Real

comercializadoras sólo se les exige que sus contratos de suministro tengan «condiciones libremente pactadas» (art. 81 b) LSH). Comprobaremos posteriormente, cómo en la regulación actual del suministro eléctrico (RD 88/2026, de 11 febrero) también se aprecia esa vocación hacia sólo la «libertad de pacto».

⁴ Como vemos, las cláusulas contrarias al TRLGDCU no se vienen a considerar también como una limitación del contenido de esos contratos de suministro, a pesar de que tal efecto limitador se desprenda del propio art. 59.2º TRLGDCU, con ocasión de exigir que toda regulación sectorial debe respetar el nivel de protección de ese TRLGDCU. Al margen de ello, adviértase la excesiva generalidad de esa alusión tan amplia e indeterminada a «normas vigentes» y que, en apariencia, parece aludir a la normativa sectorial relacionada con esa LSH que pueda sobrevenir «en cada momento». Se evita así otra vez toda referencia explícita al deber de respeto de la normativa de protección de los consumidores.

⁵ Al no ofrecer duda alguna que esa prohibición de contenido contractual se conecta a un clausulado que sólo sea contraventor de esa normativa sectorial, *a sensu contrario*, parece volver a invitarse a una hermenéutica favorable a la inclusión en estos contratos de otras cláusulas, aunque sean contrarias a la normativa de los consumidores. La importancia de respetar esta normativa parece adquirir así un constante carácter secundario, al menos desde la perspectiva de esa propia regulación sectorial.

Decreto-ley o Real Decreto)⁶, reside en que parecen siempre partir de una implícita interpretación equivocada del considerado 13 y del art. 1.2º de la Directiva 13/1993/CE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores. En efecto, ya que pretenden aprovechar a su favor la, a nuestro juicio, precipitada asociación a su mero continente normativo, de la suposición («se supone») de no existencia de aspectos abusivos en las mismas y de su respectivo no sometimiento por ese art. 1.2º («no estarán sometidas») a dicha Directiva (art. 4 LCGC). Se terminan considerando así investidas de una especie de inmunidad, frente a cualquier control de contenido de las cláusulas que regulan para esos contratos con consumidores⁷. Ahora bien, lo que parece obviarse de esta forma, es que para poder eludir tal control de contenido esas cláusulas contractuales así reguladas, lo que ante todo debe poder predicarse es el carácter imperativo de las disposiciones administrativas que regulan el clausulado de los contratos a celebrar con consumidores. No obstante y como no podía ser de otro modo, tal carácter imperativo decae si puede demostrarse (que es, precisamente, lo que pretenderemos demostrar con este trabajo) que esas cláusulas que regulan contrataciones con consumidores y usuarios, no sólo no cumplen con el nivel de protección mínima que les dispensa a esos consumidores y usuarios el TRLGDCU, sino que se apartan del mismo y lo rebajan de una forma sustancial⁸.

⁶ Este es el caso de la regulaciones sectorial de la penalización por extinción anticipada del contrato de suministro de gas natural del RD-ley 18/2022, de 18 octubre, que la incorpora al art. 38 del RD 1434/2002, 27 diciembre («Para aquellos consumidores con derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, y siempre que, a solicitud del consumidor se rescindiera su contrato antes de iniciada la primera prórroga, la penalización máxima por rescisión de contrato no podrá exceder el 5% de la facturación prevista por el término variable de energía, que se calculará mediante la multiplicación del precio del contrato en el momento de su rescisión por la energía estimada pendiente de suministro»). También es el caso de la regulación de la penalización por la extinción anticipada del contrato de suministro eléctrico y que muchos años antes prevé el RD 1454/2005, de 2 de diciembre, para incluirla en el art. 4.5º del RD 1435/2002, de 27 diciembre («En el caso en que, a causa del consumidor, se rescindiera un contrato antes de iniciada la primera prórroga, las penalizaciones máximas por rescisión de contrato, cuando ésta cause daños al suministrador, no podrán exceder el 5% del precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro...»)

⁷ Para un análisis detallado de esta particular cuestión, ROMEO BLANCO, Manuel. «La protección de los consumidores y usuarios en la contratación de instalaciones receptoras de gas en edificios en régimen de propiedad horizontal». *Tesis doctoral*. Hernández Arranz, Mariano. C y Díaz Martínez, Ana. (Dirs.), Univ. de Murcia. Acceso abierto DIGITUM, 2025. En concreto, pp. 391-397.

⁸ Si las cláusulas contractuales de disposiciones administrativas incurren en comportamientos legalmente prohibidos y/o abusivos del TRLGDCU, quedará desvirtuado el considerado 13, el art. 1.2º Directiva 13/1993 y el art. 4 LCGCU, al no poder implicar una predeterminada interdicción de examinar el potencial carácter contraventor de la normativa de los consumidores de unas determinadas cláusulas. Si no fuese así, se estaría admitiendo algo tan anómalo, como que el poder ejecutivo del que emanan esas disposiciones administrativas de carácter reglamentario, podría regular toda suerte de cláusulas infractoras del TRLGDCU, prevaleciéndose de la «imposibilidad» de su control por el poder judicial

Partiendo de esa distorsionada premisa normativa, esas regulaciones también suelen tratar de opacar sus verdaderos déficits de protección de los consumidores, a base de anunciar que les proporcionan una «protección reforzada»⁹. Parecen no reparar así en que vuelven a incurrir en una doble equivocación e incluso contradicción: 1.- No tener en cuenta que es el propio art. 59.2º TRLGDCU el que les exige a ellas respetar el nivel de protección mínima del TRLGDCU, por lo que sólo se pueden «reforzarlo» si lo respetan y 2.- Obviar que para poder «elevar el nivel de protección» de ese TRLGDCU deben también ellas respetar las disposiciones de la Unión Europea (art. 59.2º *in fine* TRLGDCU)¹⁰. La necesidad de identificar los déficits de protección de los consumidores y usuarios en regulaciones sectoriales se intensifica, tanto por la escasez de estudios doctrinales que les otorguen una visibilidad jurídica¹¹, como por el hecho de que su

⁹ Algunas regulaciones sectoriales aprovechan el contexto de momentos de crisis (como los elevados precios de la energía por la guerra en Ucrania), para exhibirse como «medidas de reforzada protección de los consumidores», a pesar de incidir aún más en su déficit de protección (por pretender obstaculizar económicamente la deseada huida de los consumidores de esos elevados precios del gas en el mercado libre de contratación de su suministro). Para poder comprobar esta tan anómala realidad reguladora, sirve como inmejorable referencia ejemplificativa el preámbulo del RD-ley 18/2022, 18 octubre. La propia CNE al referirse con su Informe 32/2011, de 18 octubre (www.cne.es) a la penalización que años después acoge el art. 38 RD 1434/2002, precisaba que «Si bien presenta la apariencia de ser una garantía de protección...resulta cuestionable en más de un aspecto». A pesar de ello, el RD-ley 18/2002 insiste en exhibirla como una medida de «reforzada protección» y sólo por «limitar» la cuantía de la penalización que introduce y a pesar de que no estaba prevista antes. Ahora bien, si esa penalización representa una prohibición legal y un abuso, estos no desaparecen sólo por limitarse su cuantía.

¹⁰ Es harto complicado que una eventual adecuación al Derecho comunitario puede producirse en una concreta regulación sectorial, si no puede predicarse de la misma que se adecúa a una normativa nacional de los consumidores. Respecto del grado de su adecuación al Derecho comunitario, baste subrayar que esa normativa comunitaria (con los respectivos arts. 12.3º de la Directiva (UE) 2019/944, de 5 junio sobre el mercado interior eléctrico y de la Directiva (UE) 2024/1788, de 13 junio sobre el mercado interior del gas natural) supedita a un carácter muy excepcional y restrictivo (cuando el precio sea fijo y se causen daños a la comercializadora con la extinción anticipada) la posibilidad de exigir una penalización económica con la extinción anticipada (durante su primera anualidad) de los contratos de suministro eléctrico y de gas. Sin embargo, su carácter excepcional desaparece en nuestro Derecho: 1. El art. 4.5º RD 1435/2002 prevé esa penalización sin diferenciar el tipo fijo o variable del precio de la electricidad y 2. El art. 38 RD 1434/2002 la exige para todos los casos de esa extinción anticipada, cause o no daños al suministrador y también con independencia de si el precio del gas es fijo o variable.

¹¹ MORA SANGUINETTI, Juan S. y SOLER, Isabel. «La regulación sectorial en España. Resultados cuantitativos». *Documentos de trabajo* nº 2202. Banco de España, Euro-sistema, 2022, pp. 1-30. Señalan al principio de su trabajo que «cuestiones como el modo en que se regulan los sectores, el volumen o la fragmentación de la normativa, han sido escasamente estudiadas empíricamente hasta ahora». Sirva de ejemplo del muy escaso tratamiento doctrinal de estas cuestiones y, en concreto, de la específica que ahora analizamos, MENDOZA LOSANA, Ana. I. «Novedades en los contratos de suministro de gas en el mercado libre: duración, permanencia y contratos vinculados», *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudio de Consumo*, UCLM, 2023, pp. 1-8. Al referirse la autora a la modificación del art. 38 del RD 1434/2002, para exigir penalización en todos los casos de extinción anticipada durante la primera anualidad del contrato de suministro de gas, tan sólo se hace eco del requisito de que debe estar

escasa vocación de adaptación a la normativa de protección de los consumidores, suele pasar prácticamente inadvertida para la comunidad jurídica, tal y como así ya lo vienen a ejemplificar las regulaciones sectoriales objeto del presente trabajo.

3. LA PRETENSIÓN DE TRANSFORMAR UNA DURACIÓN CONTRACTUAL MÁXIMA DE SERVICIOS DE TRACTO SUCESIVO EN UNA DURACIÓN MÍNIMA

Dentro de los aspectos preliminares más genéricos que estamos abordando (antes de examinar los específicos que consideramos que contravienen el TRLGDCU) creemos necesario realizar una breve reflexión, acerca de cómo se pretende conseguir en estos casos de contratación de suministros, la implícita e indirecta transformación de lo que es una duración contractual máxima en una también duración mínima. El RD-ley 18/2022, de 18 octubre anuncia como una medida de «reforzada protección» de los consumidores, el limitar la duración contractual en el mercado libre de los contratos de suministro, si los conciertan consumidores con derecho a contratarlo en el mercado regulado¹². Ahora bien, al establecer el art. 38 RD 1434/2002 su duración contractual máxima de un año (prorrogable por períodos sucesivos de la misma duración), lo hace con carácter genérico («en general»), por lo que parece estar admitiendo la posibilidad de alguna «excepción» a esa duración. Una de ellas ya la explicita él mismo, al prever que el consumidor será siempre penalizado, si solicita la extinción anticipada del contrato durante su primera anualidad. En consecuencia, se está considerando así que (supuestamente) es obligado cumplir esa primera anualidad, como si se tratase de una duración contractual mínima y cuyo no cumplimiento íntegro es posible penalizar. Aflora así el carácter engañoso de la limitación de tal duración, a pesar de ser anunciada como una medida de «reforzada protección». Se pretende que la duración contractual máxima de un año de estos contratos sólo sea máxima respecto de sus prórrogas, después de cumplirse como una duración mínima durante su primera anualidad. Al preverse la posibilidad de penalizar el no cumplimiento de la primera anualidad, se está transformando de modo indirecto en una obligada duración contractual mínima, lo que sólo es y puede ser una duración contractual máxima¹³.

prevista en el contrato, pero en aquel momento nada indica sobre su conformidad o no con la normativa comunitaria, ni con la nacional de protección de los consumidores que ahora analizamos.

¹² «Con carácter general, los contratos de suministro de los consumidores con derecho a acogerse a la tarifa de último recurso tendrán una *duración máxima de un año*, pudiéndose prorrogar tácitamente por períodos de la misma duración». (art. 38 RD 1434/2002, de 27 diciembre).

¹³ El art. 38 parece forzar para los contratos de unos concretos consumidores en el mercado liberalizado, la misma «permanencia mínima» de un año que tienen sus contratos de suministro en el mercado regulado y que el art. 47.4º LSH les exige cumplir cuando retornen al mismo desde el mercado liberalizado: «Una vez realizado el retorno a tarifa el consumidor deberá permanecer al menos un año en el sistema regulado» (art. 47.4º de la ley 34/1998, de 7 octubre del Sector de hidrocarburos).

El problema asociado a esa pretendida transformación en una duración contractual mínima de una duración máxima, es que no parece ser conciliable con el Derecho de consumo fijar plazos mínimos de duración para contratos de servicios de suministro de tracto sucesivo o continuado, al tener sus plazos un carácter normalmente máximo. En buena lógica, como tales plazos máximos, llevan implícita la posibilidad de cumplirse por parte de los consumidores contratantes por una duración inferior a esa máxima. Esto provoca que, en principio, no parezca que sea realmente posible pretender limitar o penalizar su extinción anticipada, al menos si con la misma no se irroga ningún «daño efectivo» a la empresa que pretende el cobro de esa penalización. A tal efecto, tampoco parece que pueda atenderse a si la duración es o no determinada¹⁴.

¹⁴ GARCÍA VICENTE, José R y LÓPEZ MAZA, Sebastián. «Comentarios al artículo 62 TRLGDCU». *Comentarios al TRLGDCU y otras Leyes Complementarias*. Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2015, pp. 878-886, consideran que el art. 62 TRLGDCU no admite «la posibilidad de fijar plazos mínimos de vigencia» para contratos de tracto sucesivo o continuado de servicios o suministro, aunque sí cláusulas que liquiden el daño efectivo causado con el ejercicio del derecho a la extinción anticipada del contrato. Ahora bien, discrepamos con su afirmación de que ese derecho debe ejercerse «con plena justificación cuando el plazo es determinado», -p. 880-. Ni el art. 62 TRLGDCU ni el art. 38 RD 1434/2002 exigen justificar la extinción anticipada de un contrato de suministro de duración determinada. Mientras que el art. 62 TRLGDCU sí exige justificar una consecuencia económica que se pretenda vincular al ejercicio de ese derecho, el art. 38 ni siquiera eso. También afirman que «la validez de las cláusulas penales con función de liquidación del daño queda desdibujada en el final del párrafo 3º del art. 62 TRLGDCU, cuando es una consecuencia generalmente aceptada y razonable para el ejercicio del derecho a poner fin al contrato cuando se trata de tracto sucesivo pactado por tiempo determinado», -p. 880, nota al pie nº 171-. A nuestro juicio, el 62.3º TRLGDCU prohíbe una cláusula penal sin esa finalidad de liquidación de daños. La extinción anticipada, por sí sola, no es un presupuesto suficiente para considerar válida y aplicable una cláusula penal en estos casos, al deber estar conectada a unos requisitos condicionantes de su validez y a unos daños efectivos. Por lo demás, que pueda ser acordada o aceptada también es irrelevante, al tratarse de una prohibición legal y porque su carácter «razonable» estará siempre en función de los daños que se puedan o no acreditar y de la limitación reglamentaria de los que sean susceptibles de reclamar (art. 38 RD 1434/2002). No obstante, coincidimos con los autores en que el principal interés del art. 62 TRLGDCU es admitir y atribuir en los contratos de duración determinada o no, un derecho a su extinción anticipada. -p. 880-. También considera que el art. 62.3º TRLGDCU «consagra legalmente el derecho a poner fin al contrato en los de tracto sucesivo...y tanto si son de duración limitada como indeterminada» ÁLVAREZ MORENO, María T. *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (Normas imperativas y pactos al respecto)*. Edit. Reus, 2015. La autora se hace eco de algunas excepciones del art. 91 TRLGDCU. Sin embargo, otros autores parecen contribuir a la confusión, acerca de si el derecho a poner fin al contrato de los arts. 62 y 87.6º TRLGDCU sólo opera en los supuestos de contratos de duración indefinida. GONZÁLEZ NAVARRO, Blas A. «El contrato de suministro ante la insolvencia: reestructuración empresarial y concurso de acreedores». *Revista Lex Mercatoria*, vol. nº 22, 2022, pp. 1-59. «Caso de celebrarse por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes tendrá derecho a resolver el contrato...Esta facultad de denuncia es propia de este tipo de contratos de duración indefinida...sin perjuicio de que se generen o no daños resarcibles a la contraparte...Nótese además la relevancia de esta facultad en lo que hace a los contratos con consumidores y usuarios y la protección legal ante los intentos de limitarla (arts. 62 y 87.6 LGDCU)» (p. 12). A los efectos de aplicación de los arts. 62.3º y 87.6 TRLGDCU, insistimos, es irrelevante si la duración contractual es o no determinada, al no

Una vez clarificadas algunas de las cuestiones más genéricas y que configuran el trasfondo del examen de la penalización por la extinción anticipada, es el momento de adentrarse en el análisis específico y comparativo de su previsión en los contratos de suministro eléctrico y de gas natural, como forma de tratar de comprobar su diferente grado de colisión con el TRLGDCU. Concluiremos con las posibles consecuencias reparatorias, en los casos en los que se produzca la incorrecta aplicación de esa penalización a los consumidores y usuarios contratantes de tales suministros.

4. LA PENALIZACIÓN POR EXTINCIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE SUMINISTRO ELÉCTRICO

4.1.- La regulación del derogado art. 4.5º del Real Decreto 1435/2002, de 27 diciembre: su aproximación al art. 62.3º TRLGDCU.

Para adentrarnos en lo que sucede en el sector eléctrico, debe subrayarse antes que el art. 38 del RD 1434/2002, de 27 diciembre no relaciona la penalización que prevé con una justificación económica¹⁵. Siendo ello así, el preámbulo del RD-ley 18/2022, de 18 octubre redobla la necesidad de verificar su compatibilidad o no con la normativa de protección de los consumidores, al indicar que (supuestamente) se pretende utilizar como parámetro de protección reguladora «lo que ocurre en el sector eléctrico» y aunque esto sólo se refiera a la limitación de la cuantía máxima de penalización.

Se pretende exteriorizar de este modo, que lo único que se lleva a cabo modificando tal art. 38, es la aplicación extrapolada al contrato de suministro gas de esa medida de

prever esos artículos una distinción en función de ello. Para los casos que regulan, ni cabe extrapolar criterios del derecho general de contratos (que vinculan a una necesaria indemnización el ejercicio del derecho a extinguir anticipadamente los contratos de duración determinada ex art. 1.594 CC), ni, por ejemplo, criterios propios del derecho laboral, que sí requieren una motivación o justificación de la extinción anticipada de un contrato de trabajo de duración determinada. Sobre este último aspecto, ROJO TORRECILLA, Eduardo. «¿Hay que justificar la extinción de un contrato de duración determinada?: Sentencia comentada: TJUE, 20 de febrero de 2024, asunto C-715/20» *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 113, 2024.

¹⁵ Ese art. 38 no intenta motivar la previsión y aplicación contractual en esos supuestos de una penalización y sólo prevé su limitación cuantitativa. Parece presuponer así la automática y generalizada posibilidad de su aplicación en todos esos casos de rescisión unilateral y, además, con independencia de la causa que la provoque y de que el precio del gas sea fijo o variable. Mucho menos trata el art. 38 de vincular la propia exigencia de la penalización con la causación de algún objetivable e identificable efecto negativo para la comercializadora y que pueda estar relacionado con la concreta finalización anticipada del contrato a la que se refiere. Esto exige valorar si la regulación sectorial que incorpora es o no conciliable con el nivel protector previsto en esa normativa de protección de esos consumidores, al depender su nulidad o validez del hecho de si respeta su protección mínima.

«protección» del contrato de suministro eléctrico. Sin embargo, se obvia que tal limitación máxima no se aplica a la misma penalización en unos y otros contratos, perdiendo toda su vocación protectora en el tránsito que opera desde el contrato de suministro de eléctrico al de gas. Por ello, lo que «ocurre en el sector eléctrico» desde el año 2005, «en caso de que el consumidor rescindiese el contrato con anterioridad a la primera prórroga de este», dista mucho de poder coincidir con lo que en el año 2022 se pretende que ocurra en el contrato de suministro de gas para ese mismo caso de extinción anticipada (art. 38 del RD 1434/2002). Por tanto, tampoco este art. 38 está contemplando la misma limitación de penalización, aunque persiga trasladar la creencia precisamente contraria. A través de una lectura pausada del art. 4.5º del RD 1435/2002, 27 diciembre (derogado por el actual Real Decreto 88/2026, de 11 febrero), podemos claramente apreciar que incluía una diferencia sustancial: «En el caso en que, a causa del consumidor, se rescindiera un contrato antes de iniciada la primera prórroga, las penalizaciones máximas por rescisión de contrato, *cuando ésta cause daños al suministrador*, no podrán exceder el 5% del precio del contrato por la energía estimada pendiente del suministro». Por tanto, mientras que la realidad acreditada de estos «daños al suministrador» es el verdadero presupuesto habilitante de la exigencia y aplicación de la penalización por extinción anticipada del contrato de suministro eléctrico, sin embargo, en el contrato de suministro de gas se pretende que sólo lo sea el hecho mismo de esa extinción anticipada¹⁶. Como decimos, es evidente que no estamos ante una igual penalización en estos dos casos, al ser su objeto y finalidad distintos (resarcir daños o cobrar facturación futura, aunque no existan esos daños). Con la utilización del mismo porcentaje limitador (5%) de la penalización, en un caso se limita la cuantía de unos acreditados daños susceptibles de reclamar y, en el otro, lo que se permite es reclamar por una simple y estimada expectativa de ganancia durante

¹⁶ En el contrato de suministro eléctrico se prevé una penalización por causar daños con su extinción anticipada y en el contrato de suministro de gas se prevé únicamente por producirse esta extinción, aunque no cause daño o perjuicio alguno a la comercializadora. Por tanto, nada tiene que ver penalizar daños por una extinción anticipada del contrato, con penalizar sólo esta extinción anticipada. En el contrato de suministro eléctrico si no hay daños no hay penalización. En este sentido, es llamativo que en el año 2005 se haya previsto una más protectora regulación sectorial de estas penalizaciones por la extinción anticipada de los contratos de suministro eléctrico, respecto de la que se aprueba en el año 2022 para los contratos de suministro de gas. Más llamativo aún resulta, si tenemos en cuenta que se incorporó primero a la LSH (RD-ley 13/2012, de 30 de marzo) el catálogo de medidas de protección del consumidor del anexo I de la Directiva 2009/73/CE (actual art. 57 bis LSH) que el correlativo del anexo I de la Directiva 2009/72/CE a los contratos de suministro eléctrico (actual art. 44 LSE). Se hace eco de ese retraso ESTOA PÉREZ, Abel. «Novedades en la protección de los consumidores de electricidad». *Revista de administración pública*, nº 193, 2014, pp. 375-406, en concreto, p. 385. Sin embargo, (añadimos nosotros) a pesar de haberse adelantado la regulación gasista a transponer esas medidas protección, termina experimentado un grave retroceso protector con las penalizaciones por la extinción anticipada.

el tiempo que reste de la primera anualidad¹⁷. El art. 38 RD 1434/2002 indica la forma de calcular el importe máximo de la penalización, desviando así la atención de su pretendida habilitación a las comercializadoras, para percibir siempre ese importe máximo y ello sólo por extinguirse el contrato a lo largo de su primera anualidad¹⁸.

En los contratos de suministro eléctrico se limitan los daños causados que hay derecho a reclamar por lo pactado, mientras que en el contrato de suministro de gas sólo se limita lo que el art. 38 RD 1434/2002 permite indebidamente reclamar (aunque no se causen tales daños). Por tal motivo, el verdadero presupuesto regulador del art. 38 RD 1434/2002, dista mucho de poder identificarse con lo que venía ocurriendo en el sector eléctrico. La constatación de esta distorsionada premisa reguladora no deja de invitar a cuestionarse si la referencia a lo que sucedía en ese sector eléctrico, es tan sólo un pretexto de regulación, con el que desviar la atención o enmascarar la mayor distancia y contrariedad con la normativa de protección de los consumidores, de la penalización prevista para la extinción anticipada del contrato de suministro de gas.

Con independencia de que la penalización por extinción anticipada del contrato de suministro eléctrico, no se ajuste a todos los requisitos de la Directiva (UE) 2019/944,

¹⁷ En los casos del contrato de suministro eléctrico la penalización por extinción anticipada pretende resarcir a la comercializadora de los efectivos daños que le cause (art. 4.5º RD 1435/2002). En cambio, el art. 38 RD 1432/2002 persigue con su penalización sólo limitar o dificultar la posibilidad misma de esa finalización anticipada. La propia CNE (Informe 32/2011, de 18 octubre) subrayaba los riesgos de esta penalización: «El criterio de cálculo del límite de la penalización por resolución anticipada no es acertado...La determinación de la cantidad no suministrada debería establecerse únicamente en atención al número de días que le falten al consumidor por cumplir, en relación al preaviso que se hubiera acordado entre las partes (y no en atención a lo que falte de toda la anualidad) como límite que podría considerarse, para que no se produzca el llamado enriquecimiento injusto o sin causa», -p. 91-.

¹⁸ La diferencia definitiva entre las penalizaciones del art. 4.5º del RD 1435/2002 y del art. 38 RD 1434/2002 reside en que, mientras la primera persigue resarcir un acreditado *daño emergente* (pérdidas inmediatas) la segunda se prevé para hacer frente a la estimación de una simple ganancia futura dejada de percibir. Por tanto, obvia que la normativa de los consumidores prohíbe instrumentalizar la mera frustración de una ganancia futura del empresario (*lucro cesante*), como pretendido límite a la extinción anticipada de los contratos de tracto sucesivo. GARCÍA HUAYAMA, Juan C. «Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante». *Revista Derecho y Cambio Social*, nº 58, 2019, pp. 188-224 (www.derechoycambiosocial.com), concluye que el estándar de prueba exigida diverge según se trate de acreditar el daño emergente (requiere acreditar con certeza la existencia de perjuicio) o el lucro cesante (sólo exige una razonable probabilidad de no percibir ingresos esperados conforme a las circunstancias del caso específico). De ahí, que mientras el art. 62.3º TRLGDCU se decanta por exigir esa prueba fehaciente de los daños causados, el art. 38 RD 1434/2002 se articule sólo sobre una concatenada estimación: se estiman ganancias perdidas. No se hace eco de la inaplicación del lucro cesante como pretendido límite de la extinción anticipada en la contratación con consumidores LÓPEZ MAS, Pedro J. *Configuración actual del lucro cesante: su apreciación jurisprudencial y análisis de los criterios para su determinación judicial*. Tesis doctoral. Dir. Moreno Martínez, Juan A, López Richart, Julián (Codir.) Universidad de Alicante, 2021. Tesis en acceso abierto en RUA.

de 5 junio, sobre el mercado interior eléctrico y que condicionan su exigibilidad¹⁹; lo cierto es que, para el Derecho de consumo, al conectar el art. 4.5º RD 1435/2002 la exigencia de esa penalización o la causación del daños al suministrador («cuando ésta cause daños al suministrador»), en principio, parece que no representa una limitación económica que excluya u obstaculice el derecho del consumidor a poner fin al contrato de suministro o una «sanción o carga onerosa o desproporcionada». No estamos ante la exigencia del «abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente», ni ante una «fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados». No obstante, a continuación vamos a comprobar, cómo la tendencia reguladora proyectada y ya aprobada en este sector eléctrico, parece estar apuntando hacia un sentido radicalmente contrario. Lo que semeja pretenderse así, es que la penalización por la extinción anticipada de los contratos de suministro eléctrico se aleje, de una forma ya definitiva, tanto de las exigencias restrictivas de su aplicación del art. 4.5º RD 1435/2002, como de las propias de la Directiva 2019/944, de 5 junio y, por último, de las similares del art. 62.3º TRLGDCU.

4.2. La regulación del proyecto del Reglamento General de Contratación del sector eléctrico: su incompatibilidad con el art. 62.3º TRLGDCU.

Si la penalización del art. 38 RD 1434/2002 nada tiene que ver con lo que ocurría en el sector eléctrico, comprobemos a continuación cómo es la propia regulación de la penalización por extinción del contrato de suministro eléctrico, la que pretende eliminar su única previsión protectora (penalización por extinción anticipada sólo si la misma causa daños al suministrador) para tratar de acercarse a lo que «ocurre en el

¹⁹ Las ya referidas Directivas que regulan la penalización por esta extinción anticipada de los contratos de suministro de electricidad y de gas, exigen que los requisitos de penalización del Derecho comunitario sean idénticos para la penalización por la extinción anticipada de los contratos de suministro eléctrico y los de suministro de gas. Se configura un unificado régimen jurídico de tal penalización (que en nuestro Derecho interno se pretende que difiera, como resultado de su anómala transposición) y caracterizado por los siguientes presupuestos de exigibilidad excepcional: 1. Unos de carácter general: 1.1. Carácter regulado o normado del único contenido posible de tal penalización, sustrayéndola al «libre acuerdo» de las partes contratantes; 1.2. Necesaria información precontractual y contractual sobre su pretendido importe económico; 1.3.- Que el precio del suministro sea fijo o se mantenga invariable, al menos durante la primera anualidad del contrato y 2.- Otros presupuestos de exigibilidad de carácter más específico: 2.1. Que en el caso concreto de que se trate, la extinción anticipada provoque una pérdida económica directa (no indirecta) en el suministrador, a modo de daños causados; 2.1. Que no es justificado ni proporcionado lo reclamado como tal penalización, al no poder exceder de ese eventual perjuicio directo del suministrador; 2.3 La necesidad de acreditar, de forma fehaciente, la «pérdida económica directa», como único límite posible de la cuantía de la penalización. Por tanto, sin posibilidad alguna de referenciar su limitación a un porcentaje de servicios futuros no prestados, ni a cuantías que no se correspondan con efectivos y acreditados daños irrogados.

sector del gas» desde el año 2022. En este sentido, el proyectado Reglamento General de Contratación del Sector eléctrico del año 2024, propuesto por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, para transponer la Directiva 2019/944, de 5 junio (aunque sólo más de 4 años después haber finalizado su plazo de transposición el 31 de diciembre del año 2020 *ex art.* 71),²⁰ supone un verdadero paso atrás en la protección de los consumidores contratantes. En él mismo se prevé que si no se contrata el peaje eléctrico 2.0 TD, sus arts. 18.4º, 28.3º y 30.1º f) persiguen imponer la generalización de la penalización por extinción anticipada del contrato, aplicándola a todos los consumidores (incluidos los domésticos amparados por el TRLGDCU), aunque no se causen daños con esa extinción y sólo por derivar de un libre acuerdo²¹. El retroceso en la protección de estos consumidores se constata de una forma dual: 1. Al desaparecer de esa propuesta el carácter protector del requisito de causación de daños al suministrador (art. 4.5º RD 1435/2002), se distancia de una forma definitiva su penalización del nivel mínimo de protección del TRLGDCU. Se pretenden sustituir con la simple contratación de un peaje y con un «libre acuerdo», los obligados parámetros exigidos para tal penalización por el art. 62.3º TRLGDCU, exponiéndola al riesgo de incurrir en alguno de los supuestos que identifica como legalmente prohibidos²². 2.- Al desaparecer de tal propuesta el carácter sólo excepcional de la posibilidad de exigir y de aplicar tal penalización, se fuerza su aún mayor alejamiento de los requisitos restrictivos de su exigibilidad (art. 12.3º de la Directiva 2019/944) y, por tanto, de la

²⁰ «Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de Suministro y Contratación y se establecen condiciones para la comercialización, agregación y la protección del consumidor de energía eléctrica» (<https://www.miteco.gob.es>)

²¹ El art. 28.3º *in fine* de la propuesta de Real Decreto es claro al respecto, al establecer que para el resto de los consumidores que no contraten ese peaje la penalización por extinción anticipada sólo dependerá del libre acuerdo de las partes contratantes: «El contrato y sus prórrogas podrán ser rescindidos por el consumidor acogido al segmento tarifario 2.0TD en cualquier momento, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión de contrato. Para los contratos formalizados por los restantes consumidores, *se atenderá a lo que se acuerde libremente entre las partes*».

²² La propuesta de Real Decreto parece obviar que para el 62.3º TRLGDCU es irrelevante lo libremente acordado por los contratantes sobre la penalización por extinción anticipada, si ésta coincide con alguna de las penalizaciones que describe como legalmente prohibidas, al suponer, como tal prohibición, un verdadero límite a su autonomía de la voluntad *ex art.* 1.255 Código civil. Vuelve a florar en este punto, la inicialmente subrayada escasa vocación protectora de los consumidores por parte de estas regulaciones, al no considerar a su normativa de protección ni como un límite regulador de su contenido contractual, ni como un mínimo protector que deben respetar *ex art.* 59.2º TRLGDCU.

exigencia de la mayor protección que prevé al respecto tal Directiva para los consumidores contratantes del suministro eléctrico²³.

4.3. La regulación del Reglamento General de Contratación del sector eléctrico en el Real Decreto 88/2026, de 11 febrero: la confirmación de su colisión con el TRLGDCU.

El RD 88/2026, de 11 febrero²⁴ no sólo elimina las restricciones que el art. 12.2º y 3º Directiva 2019/944 impone a las suministradoras para exigir contractualmente una penalización²⁵, sino que considera que esas restricciones deben imponérsele a los que contraten el suministro con tales empresas, condicionándoles el propio acceso a las limitaciones a las que dicha Directiva supedita tal penalización. En contra de lo que exige el art. 12.2º de esta Directiva (para contratos sin precio fijo) excluye de su protección en todos los casos a las pequeñas empresas y sólo aplica el art. 12.2º a personas físicas, a las que también excluye de su ámbito protector si no contratan el peaje eléctrico 2.0TTD (rts. 18.3º, 28.3º y 30.1º h) RD 88/2026). El art. 28.3º del RD 88/2026 alude al concreto supuesto del art. 12.3º de esa Directiva (extinción antes de la primera prórroga de contratos con un precio fijo), pero también exige para su aplicación lo que no exige tal art. 12.3º: que sean personas físicas que contraten el peaje 2.0 TD. Si no lo contratan, prevé que deberán hacer frente a una penalización,

²³ Con esa propuesta se agrava el hecho de no haber transpuesto en plazo esa Directiva, al pretender indirectamente contravenir el ya consolidado efecto directo de la misma, como decimos, después de haber finalizado su plazo de transposición el 31/12/2020. La STC 30/01/2017 (Sala 2ª) sienta la doctrina de que las Directivas de la UE son vinculantes antes de su transposición, cuando el Estado incumple el plazo previsto para ello. En este caso, se ha incumplido ampliamente tal plazo y la propuesta tampoco supone una correcta «transposición tardía». Además de pretender la propuesta desviar la atención de sus carencias de protección (refiriendo que «*establece condiciones para la protección del consumidor de energía eléctrica*»), resultando censurable que en el trámite consultivo no se hayan detectado. El Informe de la CNMC al proyecto de Reglamento General de Suministro y Contratación de la energía eléctrica (IPN/CNMC/023/24), de 22 octubre 2024, pp. 1-135, aborda esta penalización en las pp. 34 y 35, pero no advierte anomalía alguna de protección desde la perspectiva del Derecho de consumo. Lo mismo se aprecia en el Dictamen del Consejo de Estado a ese proyecto de RD, de fecha 15/01/2026 (EXPTE. nº 1261/2025). La CNMC incluso considera que la propuesta de RD supone un genérico «avance» (que no concreta) en la transposición de la Directiva 2019/944. La CNMC se aventura a recomendar, que sólo si los consumidores contratan el peaje eléctrico 2.0TD se les aplicarán los requisitos de penalización de la Directiva 2019/944, de 5 junio (p. 35). Es decir, como si para aplicarles esos requisitos no fuese suficiente su condición de pequeños consumidores domésticos (lo único que les exige a tal efecto esa Directiva ex art. 12.2º) o como si para aplicarles la regulación protectora del art. 62.3º TRLGDCU, tampoco les bastase esa misma condición y tuviesen que contratar tal peaje eléctrico.

²⁴ Publicado en el BOE núm. 38, de 12 de febrero del año 2026, pp. 22233 a 22308.

²⁵ La Directiva 2019/944 excluye la penalización para consumidores domésticos y pequeñas empresas ex art. 12.2º y sólo la prevé posible para cualquier contratante, si supone una extinción anticipada de un contrato con precio fijo antes de su prórroga y en la medida de la «pérdida económica directa» que provoque y, por supuesto, mediando la suficiente y clara información precontractual ex art. 12.3º.

aunque no concurren los requisitos del art. 12.3º (causación de daños y precio fijo del suministro). El RD 88/2026 elimina la causación de daños efectivos que explicita el art. 62.3º TRLGDCU, para posibilitar la penalización por extinción anticipada del contrato: 1º. Derogando el art. 4.5º RD 1435/2002 (que sí la exigía) y 2º. No transponiendo la del art. 12.3º Directiva 2019/944 sin la artificiosa exigencia de contratación de un peaje.

La gravedad en la que incurre el RD 88/2026, reside en atreverse a distorsionar la condición de las personas físicas de los consumidores domésticos que contraten el suministro eléctrico. Sólo si contratan el peaje eléctrico 2.0 TD²⁶ activa para los mismos (ex art. 28.3º) la transposición de las exigencias restrictivas de la penalización por extinción anticipada del contrato del art. 12.3º Directiva 2019/944. Ahora bien, si no lo contratan ya son asimilados (también ex art. 28.3º y 30.1º h) a los «restantes consumidores» que carezcan de esa condición («pequeñas empresas» y «empresas mayoristas») y a los que considera desprovistos del derecho a rescindir el contrato y sus prórrogas sin asumir una penalización. Una vez transformados en tales «restantes consumidores», somete a esos mismos consumidores a la inseguridad jurídica de hacer depender la posibilidad de aplicarles una penalización de sólo un libre acuerdo (art. 28.3º *in fine* RD 88/2026) y no del cumplimiento de los requisitos restrictivos de la misma del art. 12.3º Directiva 2019/944, así como de los previstos en los arts. 62.3º y 87.6º TRLGDCU²⁷. En realidad, el RD 88/2026, de 11 febrero incurre en una incorrecta transposición tardía del art. 12. 2º y 3º de la Directiva 2019/944, de 5 junio, como una aparente forma de desviar la atención (y de tratar de contravenir), el efecto directo consolidado de ese art. 12 en nuestro Derecho interno desde la finalización de su plazo de transposición. Además, parece obviar que la política comunitaria de protección de los consumidores tiene un carácter subsidiario y complementario de la desarrollada por los Estados miembros (art. 153.3º TCE). Por tanto, como regulación sectorial que es, no tiene en cuenta que el TRLGDCU representaba para la transposición que efectúa de ese art 12, un límite mínimo de protección de obligado respeto. En particular, su art. 28.3º

²⁶ En el referido Informe de la CNMC de 22/10/2024, la CNMC sí terminaba subrayando que la exigencia de contratación del peaje 2.0 TD era una anomalía, ya que «podría no recoger exactamente el texto de la Directiva, pues no todos los consumidores domésticos y pequeñas empresas se encuentran en el peaje 2.0 TD». (pp. 34 y 35). A pesar de ello, el RD 88/2026 insiste en confirmar esa anómala exigencia de contratación y, además, como única forma de evitar penalizaciones, aunque implique una infracción del art. 12.3º Directiva 2019/944 y de los arts. 62.3º y 87.6º TRLGDCU.

²⁷ La única exigencia que en esos concretos casos (no contratación del peaje 2.0 TD) el RD 88/2026 hace recaer sobre las suministradoras para prever una penalización por la extinción anticipada del contrato, es rodearla de la apariencia externa de ser «libremente acordada». No les exige acreditar a tal efecto penalizador la «pérdida económica directa» que sí exige acreditar el art. 12.3º Directiva 2019/944 o los «daños efectivamente causados» que también les exigen acreditar el art. 62.3º y el art. 87.6º TRLGDCU.

in fine obvia que para los clientes amparados por la protección del TRLGDCU, un libre acuerdo no es suficiente para imponer una penalización²⁸.

En definitiva, el RD 88/2026, viene a exponer a todos los clientes domésticos que sean personas físicas y que no se acojan al peaje 2.0TD (y a las pequeñas empresas aunque lo contraten) a libremente acordadas penalizaciones o indemnizaciones (aunque «no se correspondan con daños efectivamente causados») y, por ello, legalmente prohibidas ex art. 62.3º TRLGDCU y potencialmente abusivas ex art. 87.6º TRLGDCU.

5. LA PENALIZACIÓN EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE GAS: LA PREVALENTE APLICACIÓN DEL ART. 62.3º TRLGDCU RESPECTO DEL ART. 1.152 CÓDIGO CIVIL

Resta por determinar el hecho de si es conciliable con la normativa protectora de los consumidores, aplicar penalizaciones de forma sistemática (art. 38 RD 1434/2002, de 27 diciembre) o si, por el contrario, esa normativa exige justificarla, asociándola a la causación al suministrador de unos determinados daños, como «ocurre en el sector eléctrico»²⁹. Para ello, es necesario ahondar en la cuestión de la prevalente aplicación de los arts. 62.3º y 87.6º TRLGDCU respecto del artículo 1.152 del Código civil³⁰. Lo

²⁸ El RD 88/2026 no tiene en cuenta que un libre acuerdo de penalización resulta irrelevante, si no está adaptado a los requisitos del art. 12.3º Directiva 2019/944 y a las exigencias del art. 62.3º y art. 87.6º TRLGDCU. Por sí solo, carece de un efecto habilitante de la posibilidad de exigir cargas, indemnizaciones o penalizaciones, relacionados con el fin anticipado del contrato y de sus prórrogas. Cabe preguntarse al respecto, qué exacta concepción informativa alberga el RD 88/2026 de un libre acuerdo y si admitiendo posibles penalizaciones libremente acordadas con consumidores, ha pretendido eludir la apariencia de su carácter abusivo. Si ello es así, debe precisarse que incurre en el olvido, de que lo que es abusivo de conformidad al art. 87.6º TRLGDCU, también está legalmente prohibido ex art. 62.3º TRLGDCU. Lo que la Ley prohíbe (cobrar penalizaciones sin derivar de daños efectivos) representa un límite a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Por tanto, no puede salvarse esa prohibición con un simple libre acuerdo.

²⁹ Resulta muy revelador de la inferior protección de los consumidores en la contratación de suministro de gas, que el art. 109.1º av) LSH describa como «infracciones muy graves»: «El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras o de las empresas comercializadoras de aplicar las medidas *adecuadas* de protección al consumidor, en los términos previstos en la presente Ley y su normativa de desarrollo, *cuando de este hecho se derive un perjuicio económico para los sujetos afectados*». Por tanto, para considerar que existe una infracción muy grave de esas empresas se exige que, si no cumplen las medidas de protección de los consumidores, que les causen así un «perjuicio económico. Ahora bien, por el contrario, se las habilita para imponer una «penalización» por extinción anticipada del contrato de suministro de gas antes de su primera prórroga ex art. 38 RD 1434/2002, sin exigir que esas mismas empresas tengan que acreditar también haber padecido un «perjuicio». En otras palabras, mientras que se las exime de responsabilidad si no terminan causando ese perjuicio a los consumidores, se las faculta para penalizarles ex art. 38 RD 1434/2002, aunque éstos no les causen a ellas un perjuicio económico extinguiendo anticipadamente el contrato de suministro de gas durante su primer año.

³⁰ Una línea de argumentación judicial que no parece acertada después de la Ley 44/2006, 29 diciembre sobre las «cláusulas penales» en contratos con consumidores, es la que trata de ponderar su adecuación

que, ante todo, parece obviarse de ese modo, es que se está ante contratos de consumo (a los que no les resulta aplicable su regulación sectorial, si no respeta la normativa de los consumidores³¹) y también que el Derecho civil hace abstracción de los destinatarios de sus normas, al no identificarlos ni diferenciarlos en función de su fortaleza o debilidad contractual, como, en cambio, sí sucede en el Derecho de consumo³². Por último, semeja confundirse el ejercicio de un derecho a poner fin al contrato, con lo que sería su incumplimiento. Además, no se tiene en cuenta el carácter más restrictivo y excepcional de las penalizaciones en los contratos de consumo, tal y

y exigibilidad con razonamientos más propios del art. 1.152 CC, que de la normativa de protección de los consumidores. Basta traer a colación dos ilustrativos ejemplos: SAP Pontevedra (Secc. 6ª) de 23 octubre 2008 (EDJ 2008, 330696) y SAP Almería (Secc. 3ª) de 26 enero 2010 (JUR, 2010, 136428). Con una argumentación ciertamente cuestionable, por no ser conciliable con el (vigente por aquel entonces) art. 12.3º LGDCU (actual art. 62.3º TRLGDCU) sobre cláusulas penales de contratos de servicios de mantenimiento de ascensores y que pretenden justificar su adecuación sólo en atención al art. 1.152 y 1.154 CC (como «pena convencional» de liquidación de un daño y perjuicio), a pesar de que persiguen imponer el pago del 50% del importe de las prestaciones futuras (desde la solicitud de extinción anticipada del contrato) que no se llevarán a cabo y considerando que puede valorarse de forma anticipada como posible «daño» y «perjuicio» la simple pérdida de una expectativa futura de «ganancia esperada». Ahora bien, el art. 62.3º TRLGDCU exige que la penalización o indemnización por extinción anticipada, se tenga que sustentar en acreditados «daños efectivamente causados» (*daño emergente*) y lo mismo exige la Directiva 2019/944 (pérdida económica directa). En consecuencia, no parece que en estos casos sea suficiente sustentar una penalización en un mero *lucro cesante*. A nuestro juicio, el art. 62.3º TRLGDCU viene a suponer una excepción a la posibilidad otorgada por el art. 1.106 CC de integración en una indemnización de tal lucro cesante, al descartar en estos supuestos que sea posible como parte integrante de una penalización por la extinción anticipada del contrato.

³¹ Al respecto, GARCÍA VICENTE, José R. y LÓPEZ MAZA, Sebastián. «Comentarios al artículo 59 TRLGDCU». *Comentario al TRLGDCU y otras Leyes Complementarias*, Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Aranzadi, 2015, pp. 783-791. Establecen la prelación de fuentes aplicables a los contratos con consumidores: el Derecho de la UE, su regulación sectorial (también prevista como «preferente» en el art. 3.2º Directiva 2011/83/UE), el TRLGDCU y el Código civil -p. 788-. Esa aplicación preferente de la regulación sectorial está condicionada a respetar el nivel protector del TRLGDCU. De no ser así, perderá su posición en esa prelación de fuentes a favor del TRLGDCU: «si hay disparidad entre la regulación del TRLGDCU y la regulación sectorial, prevalecerá la primera si es más beneficiosa para el consumidor», -p. 787-. Analiza el sistema de fuentes del art. 59.2º TRLGDCU CORDERO LOBATO, Encarnación. «¿Protección sectorial y protección consumerista general? de minimis y de maximis. Sobre la reforma del artículo. 59.2º del TRLGDCU». *Revista CESCO*, nº. 9, 2014, pp. 1-8). Subraya la autora el carácter de protección mínima de la regulación contractual del TRLGDCU, por lo que será prevalente su aplicación si la regulación sectorial dispensa una protección inferior y salvo que ésta última transponga una Directiva que prohíba una protección superior -p. 7 y 8-. Ahora bien, esta concreta transposición está lejos de existir en los casos que centran nuestro presente análisis.

³² Teniendo en cuenta que el momento elegido (fuerte incremento de precios de energía por la guerra en Ucrania) parece haber sido el peor para prever el art. 38 RD 1434/2002 la penalización por extinción anticipada, resulta ilustrativa la reflexión de algún autor que puede extrapolarse para este caso. BELDA SIMÓ, Pablo. (2012). «Reflexiones jurídicas sobre el Derecho de los consumidores en tiempos de crisis». *Uniresvista.es*, nº 1, pp. 18-27: «muchos expertos creen que hoy en día, quizás el poder económico se esté imponiendo al político; dejando a los consumidores en una situación de desprotección si atendemos al espíritu burgués-decimonónico del Código Civil, en el que en materia de contratos se defiende la libre autonomía de la voluntad, de modo que las normas que en él se recogen tienen siempre carácter supletorio respecto de lo dispuesto en los contratos» (p. 2)

como así lo exigen las Directivas aplicables a los mismos. El art. 1.152 CC alude a la fijación de una penalización (como medio subsidiario y accesorio de garantía del cumplimiento de la obligación principal) y con una función de evaluación preventiva de los daños y compatible con un cálculo superior de los mismos a su verdadera entidad (como forma de estimular la adecuada ejecución del programa contractual)³³. Por otra parte, al no perseguir los arts. 62.3º y 87.6º TRLGDCU el reproche de un comportamiento contractual del consumidor, ni permitir al empresario reclamar el pago de daños no acreditados con ocasión de una extinción anticipada del contrato, tan sólo hacen referencia, a *sensu contrario*, a la posibilidad de penalizar (exigiendo el abono de prestaciones ya efectivamente realizadas al solicitarse el fin anticipado del contrato) o de indemnizar (daños efectivamente causados) y que puedan derivarse, en su caso, del ejercicio del derecho legal a extinguir de ese modo anticipado el contrato³⁴. Si bien la previsión de una penalización al amparo de los arts. 1.152 y 1.154 CC puede ser una regla general fijada al celebrarse el contrato y objeto de un libre consenso (para regular los efectos jurídicos de un incumplimiento contractual), sin embargo, no sucede del todo así en los contratos con consumidores³⁵, al incorporar en estos casos toda

³³ La principal diferencia entre la penalización del art. 1.152 CC y la prevista en los contratos de consumo, es que aquella incorpora una presunción de daños y perjuicios que se prohíbe en éstos. El art. 1.152 CC (salvo pacto en contrario) permite evitar la acreditación de la existencia y cuantía de los daños y perjuicios a los que se refiere (al presumirlos) y, además, establece una implícita equivalencia entre el pacto expreso de penalización por daños y perjuicios y la realidad de su acreditación. Al respecto, RODRÍGUEZ TAPIA, JOSÉ M. «Sobre la cláusula penal en el Código civil», *ADC*, 1993, pp. 511-587. Subraya el autor que será «ilícita e inexistente una pena que refuerza una conducta ilícita», -p. 516 y nota al pie nº 7-. Con la cláusula penal del art. 38 del RD 1434/2002 parece incitarse a la conducta empresarial infractora de una prohibición legal (art. 62.3º TRLGDCU) y a la materialización de un abuso (art. 87.6º TRLGDCU), al pretender censurar y penalizar directamente con la misma, el derecho a la extinción anticipada del contrato por parte de los consumidores contratantes del servicio de suministro.

³⁴ Es la propia Ley la que habilita al consumidor para ejercitar ese derecho a poner fin al contrato y la que prohíbe (art. 62.3º TRLGDCU) y declara abusiva (art. 87.6º TRLGDCU) la posibilidad del empresario de condicionarlo, limitarlo o dificultarlo económicamente con una (injustificada) «penalización», destinada a tratar de reprocharle al consumidor el ejercicio de ese derecho (art. 86.7º TRLGDCU)

³⁵ El art. 1.152 CC *in fine* establece que «Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código». Ahora bien, no será exigible cuando no sea el Código civil de aplicación preferente, sino las disposiciones del TRLGDCU, tal y como sucede en el presente caso. Sobre la cuestión de la integración (si se apuesta por la coherencia y simplicidad normativa) o diferenciación (si se prioriza la especialización y protección reforzada) del Código civil y de la normativa de protección de los consumidores PASQUAU LIAÑO, Miguel. «La protección de los consumidores y Código civil: ¿Integración o distinción?» *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España: incluye la propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos* / coord. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Klaus, J, Palazón Garrido, María L, Méndez Serrano, María del M, 2011, pp. 485-508. El modelo normativo español opta por la distinción complementada, al coexistir la normativa de consumo y el Código civil con claras interacciones.

penalización o indemnización el carácter de una excepción y que, como tal, debe ser objeto de una interpretación restrictiva³⁶.

6. LA DESCONEXIÓN DE LA PENALIZACIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO GAS CON UN COMPROMISO DE PERMANENCIA PACTADO DEL ART. 62.5º TRLGDCU

Poco más de un año antes de la modificación del art. 38 del RD 1434/2002 se incorpora un párrafo 5º al art. 62 TRLGDCU³⁷ y que hace referencia a que: «En caso de que el usuario *incumpla el compromiso de permanencia* adquirido con la empresa, la penalización por baja o cese prematuro de la relación contractual, será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia *acordado*». A la vista de ese art. 62.5º TRLGDCU, todo parece apuntar a que tal art. 38 pretende instrumentalizar la penalización que prevé, como si fuera una especie de encubierta «cláusula de permanencia mínima» no pactada entre las partes (a diferencia de la que prevé el art. 62. 5º TRLGDCU para ser pactada), al no sólo tratar de sustraerla el propio art. 38 de la autonomía de la voluntad de las partes, sino también dando ya por sobreentendida y normalizada su exigencia generalizada («la penalización máxima por rescisión de contrato no podrá exceder...»). Con el pretexto de estar regulando una favorable limitación cuantitativa de esa penalización, ya decide él mismo concretar su contenido económico, aunque desconectado de la función liquidadora de un daño o perjuicio³⁸. Ahora bien, los compromisos de permanencia en la contratación de

³⁶ El art. 62.3º TRLGDCU prohíbe la predeterminada fijación de una penalización (sea o no libremente pactada), si lo único que persigue es obstaculizar o excluir el derecho del consumidor a poner fin a los contratos que describe. Aunque puedan preverse penalizaciones o indemnizaciones al inicio del contrato y en atención a eventuales ventajas de contratación asociadas al cumplimiento íntegro de su primera anualidad, lo lógico y normal es que se determine su concreción cuantitativa al solicitarse la extinción anticipada del contrato, si en ese momento resulta acreditado («efectivamente») el presupuesto de su exigibilidad: que existan prestaciones realizadas y que aún estén sin abonar y/o que se hayan acreditado daños efectivos a la empresa contratante, por las ventajas o mejoras de contratación, que pudieron ser ofertadas a cambio del cumplimiento íntegro de la primera anualidad.

³⁷ Número 5 del artículo 62 introducido por el apartado cuatro del artículo decimosexto del RD-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea.

³⁸ Consideran que la exigibilidad de cualquier cláusula penal depende del grado de licitud del presupuesto que la sustenta (incumplimiento, retraso) GARCÍA VICENTE, José R y LÓPEZ MAZA, Sebastián. «Comentario al art. 62 TRLGDCU» *op. cit.* nota al pie nº 171, pp. 879 y 880. Coincidimos con los autores, ya que el art. 38 RD 1434/2002 al prever una penalización para la solicitud de una extinción anticipada del contrato en su primera anualidad, no tiene en cuenta que una duración máxima no se incumple si no se agota (sólo se incumple una duración que sea realmente mínima) al llevar siempre implícita la posibilidad de cumplir una duración inferior a esa máxima. El derecho a ponerle fin antes de agotar tal duración máxima lo consagran y preservan las reglas del art. 62.3º y del art. 87.6 TRLGDCU.

suministros de primera necesidad (gas o electricidad) son ciertamente controvertidos³⁹ y requieren la existencia o introducción de una verdadera mejora en las condiciones ordinarias del contrato⁴⁰. No obstante, la regulación de la penalización del art. 38 RD 1434/2002 no exige que su previsión contractual se justifique o asocie con una posible consecuencia ventajosa a favor del consumidor contratante (en lógica consonancia con su falta de exigencia de relacionarla con la causación de algún daño efectivo del suministrador) y en la que pudiera sustentarse la reclamación de su abono al solicitarse la extinción anticipada del contrato⁴¹. Por ello, en los contratos de servicio de tracto sucesivo de suministro de gas, ni puede existir un verdadero compromiso de permanencia (si carecen de toda contrapartida favorable para el consumidor), ni puede penalizarse su extinción anticipada durante su primera anualidad (si con la misma no se causa un acreditado daño o perjuicio a la empresa suministradora)⁴².

³⁹ Recordar en este sentido, el intento fallido del año 2014 de incluir «cláusulas de permanencia» en los contratos de suministro eléctrico. El Diario digital Expansión.com ya lo había anunciado así en fecha 12/02/2014: «Los nuevos contratos de luz atarán al usuario con compromisos de permanencia». Sin embargo, el art. 18 y 19 del RD 216/2024, de 28 marzo no las incluyen al referirse a las características generales de los contratos para el suministro de energía eléctrica y al describir su contenido mínimo.

⁴⁰ Esta mejora de las condiciones de contratación del suministro de gas no parece haber sido el verdadero motivo que provoca en el mes de octubre del año 2022 la inclusión en el art. 38 RD 1434/2002 de la penalización por extinción anticipada. Más bien, ha sido el improvisado intento de frenar o de dificultar económicamente, la avalancha de peticiones de traspaso de los consumidores de gas del mercado libre al regulado y por los altos precios de la energía derivados de la guerra en Ucrania.

⁴¹ La obligada reciprocidad del contrato exige que una penalización por extinción anticipada sólo esté justificada si existen algunas mejoras o ventajas de contratación como: 1.- Ofrecer un descuento en el precio del suministro de gas (como con un precio fijo). 2.- Dar gratuitos servicios adicionales (servicio de mantenimiento); 3.- Prever cualquier otra condición ventajosa de la contratación del suministro. Ahora bien, nada de ello se contempla en el art. 38 del RD 1434/2002. GARCÍA VICENTE, José R y LÓPEZ MAZA, Sebastián. «Comentario al artículo 62 TRLGDCU» *op. cit.*, consideran «lícitas las cláusulas que indemnizan al empresario o profesional por la extinción anticipada, puesto que puede haber ofrecido ventajas derivadas de la permanencia o vigencia mínima del contrato», -p. 885-.

⁴² Es el carácter de duración máxima y no mínima de un año de contrato, el que rige para determinar la posibilidad de su extinción anticipada, por mucho que el art. 38 RD 1434/2002 pretenda lo contrario y a pesar de estar en juego en los casos que regula, el derecho de unos consumidores de volver al mercado regulado a contratar el gas a unos precios razonables (art. 57 bis k) LSH y art. 22. 1º a) RD 1434/2002). Si bien el art. 62.1º y 2º TRLGDCU lleva aparejada una aplicación generalizada a «los contratos con consumidores y usuarios» y el art. 62.5º TRLGDCU no se circunscribe a ningún tipo concreto de contrato, el art. 62.3º y 4º TRLGDCU se conectan con los «contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado» (como es el caso del contrato de suministro de electricidad y de gas). En ello parece residir el motivo de que sea la regulación de aplicación prevalente a los mismos, si su propia y respectiva regulación sectorial no respeta su nivel mínimo de protección.

7.- EL ARTÍCULO 38 REAL DECRETO 1434/2002: LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE PENALIZACIONES E INDEMNIZACIONES DEL ARTÍCULO 62.3º TRLGDCU

Afrontamos ahora el examen del art. 38 RD 1434/2002 desde la obligada perspectiva que ofrece la regla general el art. 62. 2º TRLGDCU y, sobre todo, de la más concreta del art. 62. 3º TRLGDCU. Si bien, antes debe incidirse en la paradoja implícita en la que incurre ese art. 38, al pretender exhibir como un cauce facilitador del cambio de suministrador, lo que no deja de ser una dificultad u obstáculo económico añadido y que regula a tal efecto⁴³. Por de pronto, resulta evidente la tensión interna que se genera entre ese art. 38 RD 1434/2002 (al prever la posibilidad de limitación económica del fin anticipado de esos contratos) y el art. 62.3º TRLGDCU (al prohibir las cláusulas que establezcan «limitaciones» que obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato»), así como con el art. 87.6º TRLGDCU (que las considera abusivas, si concurren unos determinados presupuestos). Partiendo de esta premisa inicial de colisión, debe determinarse si ese art. 38 articula esa «limitación» y «obstáculo» con el canon de onerosidad o desproporción que instrumentaliza tanto el art. 62.3º TRLGDCU (para sustentar en él mismo su prohibición legal), como el art. 87.5º y 6º TRLGDCU (para declarar también su adicional carácter abusivo). Al margen de ello, tampoco debe obviarse que, a diferencia de lo previsto en el art. 87.5º y 6º TRLGDCU que aluden a un concreto contenido contractual abusivo, el art. 62.3º TRLGDCU refleja prohibiciones legales de contenidos de contratación y que, como tales, no necesitan la concurrencia de ninguno de los parámetros de lo abusivo del art. 82.1º TRLGDCU en la cláusula contractual que refleje la penalización del art. 38 del RD 1434/2002⁴⁴. Por tal motivo, la empresa comercializadora no puede traer a colación como pretendida defensa de su validez, el ya referido argumento (al que parece querer invitar la comentada propuesta de reforma en el sector eléctrico) de que se ha libremente pactado la penalización que implique esa prohibición. A su vez, subrayaremos los aspectos principales del art. 62.2º

⁴³ Esta regulación sectorial parece perder la perspectiva de afectar a contratos de suministro de gas natural, al ser contratos («de prestación de suministro...de tracto sucesivo») sobre los que el art. 62.3º TRLGDCU proyecta una serie de reglas específicas, tendentes a preservar el derecho del consumidor y usuario contratante a ponerles fin. Alude a los contratos de suministro de gas y de electricidad, como algunos de los contratos incluidos dentro de la órbita del art. 62.3º TRLGDCU (y del art. 87.6º TRLGDCU) CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «Comentario al art. 62 TRLGDCU», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (Dir. Cámara Lapuente, Sergio), Edit. Colex. 2011, pp. 537-562, en concreto, p. 548. Como ya se ha indicado, otros autores subrayan ser el «aspecto más sobresaliente» del art. 62.3º TRLGDCU, el derecho a ponerles fin (GARCÍA VICENTE, José R y LÓPEZ MAZA, Sebastián, *op. cit.*, p. 881).

⁴⁴ Desde la óptica de ese art. 62.3º TRLGDCU, resulta irrelevante si la penalización del art. 38 es acordada u objeto de imposición no negociada. Si la regulación sectorial del art. 38 del RD 1434/2002 entra en colisión con el art. 62. 3º TRLGDCU, provocará que devenga inaplicable la penalización económica que introduce y que, por tanto, sea nula de pleno derecho (art. 83 TRLGDCU).

y 3º TRLGDCU, en aras de poder demostrar el carácter irreconciliable del art. 38 RD 1434/2002 con los mismos y, por tanto, la imposibilidad de la exigencia y de la aplicación contractual de su penalización económica, al menos en la forma tan generalizada e injustificada en la que se prevé.

El fundamento de la interdicción legal de las limitaciones del art. 62.3º TRLGDCU, reside en evitar toda injustificada influencia negativa en el ejercicio del derecho a poner fin a los contratos que refiere, al poder ser una práctica restrictiva de la libre competencia⁴⁵. La primera aportación relevante del art. 62. 2º y 3º TRLGDCU consiste en diferenciar, entre la prohibida finalidad que no puede asociarse a una penalización en los contratos a los que alude (obstaculizar o excluir su extinción anticipada) y el modo «oneroso o desproporcionado» en el que no puede materializarse. Además, ambos aspectos deben relacionarse con la exigencia informativa del art. 62.4º TRLGDCU, al exigir que los contratos de suministro de tracto sucesivo o continuado deberán contemplar el procedimiento a través del que el consumidor «puede ejercer su derecho a poner fin al contrato»⁴⁶. En buena lógica, este procedimiento no podrá implicar una infracción del art. 62.3º TRLGDCU y/o del art. 87.6º TRLGDCU, por lo que habrá que determinar si puede realmente interpretarse como un tal procedimiento, la regulación de la penalización prevista en el art. 38 RD 1434/2002, de 27 diciembre.

Por ello, a la vista del art. 38 del RD 1434/2002 debe determinarse: 1.- Si desde una perspectiva genérica podría identificarse con una de las limitaciones prohibidas por el art. 62.3º TRLGDCU su penalización, a modo de una especie de condición económica con la que obstaculizar o dificultar el fin anticipado del contrato de suministro y, en concreto, «antes de iniciada la primera prórroga» y 2º.- Si la forma de limitar y de concretar su importe «máximo» por ese art. 38, podría servir o no para restar relevancia a esa prohibición legal y dejarla sin efecto (que es lo que parece

⁴⁵ Recordar en este sentido, que la STS 17 de septiembre 2019 (ECLI: ES: 2019:2795), Ponente Sarazá Jimena, Rafael, dictada en el contexto de contratos de servicios de mantenimiento de ascensores (aunque extrapolable a cualquier otro contrato similar de servicios o suministro de tracto sucesivo) indica que el fundamento último del art. 62.3º y 87.6º TRLGDCU es preservar la libre competencia en un determinado mercado de contratación (apartado 6º FD 7º).

⁴⁶ De ello se desprende una primera regla general y una segunda específica: 1. La regla general relativa a toda contratación con consumidores y usuarios, en cuanto a que poner fin anticipado a su contrato es, ante todo, un derecho del consumidor que debe reflejarse de modo inequívoco en dicho contrato, estando además prohibido que con su clausulado se le «impongan obstáculos onerosos o desproporcionados», para dificultarle el ejercicio de ese derecho (art. 62. 1º y 2º TRLGDCU). 2. La regla específica («en particular») del art. 62.3º TRLGDCU y referida a los concretos contratos de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, al prohibir en los mismos «limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a ponerle fin al contrato».

veladamente perseguirse con él mismo, con la referencia a lo que «ocurre en el sector eléctrico») o si, por el contrario, se refuerza aún más así la razón de ser de su carácter legalmente prohibido, al coincidir con la abierta concreción ejemplificada que efectúa el propio art. 62.3º TRLGDCU, para poder considerarla una sanción o carga «onerosa o desproporcionada» y que ese art. 62.3º prohíbe que se incorpore a las cláusulas de un contrato de suministro de tracto sucesivo para obstaculizar su fin anticipado⁴⁷.

La penalización del art. 38 RD 1434/2002, de 27 diciembre, genera la engañosa apariencia de una obligación contractual de cumplir, de forma íntegra, la primera anualidad del contrato y como si durante la misma no existiese el derecho a poner fin al contrato que consagra el art. 62.3º TRLGDCU⁴⁸. Si, como decimos, en estos casos no puede identificarse con un incumplimiento la solicitud de su finalización en un momento anterior a finalizar esa primera anualidad, mal parece compadecerse ello con la previsión en ese reglamento, de la posibilidad de sancionar o penalizar el no cumplimiento íntegro de tal anualidad⁴⁹. Esta penalización responde a una finalidad

⁴⁷ Cualquier análisis de la eventual concurrencia en una determinada contratación de diferentes supuestos de específicas prohibiciones legales o de abusos, no puede desvincularse del contexto infractor que subraya el art. 47 j), k) y u) TRLGDCU. Son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios las siguientes: La introducción o existencia de cláusulas abusivas en los contratos (j), «Las limitaciones o exigencias injustificadas al derecho del consumidor de poner fin a los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado» (k) y «Cualquier otro incumplimiento de...prohibiciones establecidas en esta norma o en disposiciones que la desarrollen» (u). (art. 47. j, k, y u) TRLGDCU). En atención a ello, las empresas que se limiten a aplicar, sin más, una regulación sectorial, a pesar de ser contraventora de prohibiciones legales y/o cláusulas abusivas, no deberían ser ajenas a que no puede habilitarlas a tal efecto, si es esa propia regulación sectorial la que ella misma no respeta el nivel protector mínimo del TRLGDCU.

⁴⁸ En el contrato de suministro sus obligaciones de tracto sucesivo se cumplen a través de una serie de reiterados actos periódicos de ejecución, a cambio de una contraprestación recíproca. Estas obligaciones periódicas son autónomas dentro del marco de un único contrato, de tal forma que cada uno sus períodos en que la relación contractual se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes. El consumidor se va obligando de forma periódica y a medida que se le va facilitando el suministro. En contra de lo que se desprende del art. 38 RD 1434/2002, el consumidor no se obliga de forma anticipada a prestaciones futuras aún no ejecutadas. En la obligación de tracto sucesivo no hay un pago anticipado, al depender la obligación de este pago de la continuidad y efectividad de las prestaciones periódicas. Algún autor al referirse al contrato de suministro como un contrato atípico y aludir a los más habituales (de electricidad, gas y agua), subraya que «están sujetos a normas especiales que afectan no sólo a la regulación del contrato, sino que también pueden incidir en su validez», tal y como sucede (añadimos nosotros) con el indicado art. 38 RD 1434/2002, como un ejemplo de «norma especial». Es el caso de GRIMALT SERVERA, Pedro. «Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio». *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Dir. Carrasco Perera, A, t. I, 2013, Aranzadi, pp. 129-139, en concreto, p. 131.

⁴⁹ Desde un enfoque más genérico (y relacionado con el cumplimiento de las prestaciones) de la posibilidad misma de resolución unilateral de los contratos con obligaciones recíprocas y su aplicación a los contratos de tracto sucesivo, YÁÑEZ VELASCO, Igor. «La resolución unilateral extrajudicial de los

disuasoria y punitiva que no simula ese propio art. 38, al no exigir que se sustente en daños efectivos o acreditados, como exigía el derogado art. 4.5º del RD 1435/2002⁵⁰.

Los términos literales de la redacción del art. 38 (por muy similares que a simple vista puedan parecer a los del art. 4.5º del RD 1435/2002), en realidad, prevén una consecuencia penal muy distinta, para lo que no deja de ser una misma extinción anticipada de los contratos de suministro de gas y de electricidad. A su vez, el art. 38 pretende que los consumidores contratantes de un suministro de gas natural dispongan de la posibilidad del ejercicio pleno de un derecho a poner fin al contrato, sólo cuando el contrato se haya adentrado en las prórrogas de su primera anualidad⁵¹.

7.1.- La infracción de la prohibición legal de fijar indemnizaciones que no se correspondan con «daños efectivamente causados».

Para abordar la respuesta a las cuestiones indicadas, debe precisarse que en estos casos el art. 62.3º TRLGDCU atribuye al consumidor el derecho a poner fin al contrato de suministro y en cualquier momento de toda su primera anualidad y sin exigirle justificación alguna. A quien corresponde justificar algo (un daño o un perjuicio), es a la empresa comercializadora que pretenda percibir un determinado importe económico, con ocasión de solicitar al consumidor su extinción anticipada, al no poder penalizarse el ejercicio mismo del derecho a ponerle fin⁵². Para los contratos de suministro en el mercado regulado, el art. 37.4º del RD 1434/2002 prevé un plazo de duración anual

contratos de tracto sucesivo: arrendamientos de servicio, mandato, arrendamiento de negocio o industria». *Actualidad Civil*, 2015, pp. 94-105.

⁵⁰ La penalización del art. 38 adquiere una apariencia externa de una cláusula penal de un vencimiento anticipado. Al no haberse regulado con la finalidad de liquidación de eventuales daños causados se refuerza su propio y verdadero carácter penal. Lo que incorpora es la amenaza de que siempre se tendrá que abonar (sin necesidad de justificar daño alguno) el 5% de la facturación que llegue a estimarse que se emitiría en el tiempo que reste de contrato hasta completarse su primera anualidad y como si ya pudiera ser todo su importe resultante una predeterminada suma fija de obligado pago.

⁵¹ «Las prórrogas de estos contratos podrán ser rescindidas por el consumidor con un preaviso de quince días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión de contrato» (art. 38 RD 1434/2002, de 27 diciembre). Ahora bien, el art. 62.3º TRLGDCU no limita ni circunscribe el ejercicio de tal derecho al período de esas prórrogas, sino que lo proyecta tanto sobre su duración inicial como sobre la ulterior. El art. 38 pretende introducir su propio régimen jurídico de extinción anticipada de estos contratos de suministro, sin tener en cuenta las superiores y prevalentes exigencias al respecto del Derecho comunitario y, sobre todo, de la normativa de protección de los consumidores.

⁵² Es de reseñar el criterio de CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «Comentarios al art. 62 TRLGDCU» *op. cit.* «En línea de principio, con la formulación del derecho a poner fin al contrato que contiene el art. 62.3 (y art. 87.6)...la nulidad sin indemnización, salvo prueba de los daños efectivamente causados es, a mi juicio, la más acorde con el actual estadio legislativo». (p. 558). Coincidimos con el autor al pronunciarse en estos términos, sobre la prohibición de fijación en el contrato de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados. De esa reflexión se deduce, a *sensu contrario*, que la penalización que prevé el art. 38 del RD 1434/2002 sin exigir prueba de daños efectivamente causados, ya por ese simple hecho, entra en frontal colisión con el art. 62.3º y el art. 87.6º TRLGDCU.

prorrogable y sin exigencia de alegación de causa alguna ni previsión de penalización por tal motivo⁵³.

Si bien la regulación sectorial del contrato de suministro de gas, a nuestro juicio, acierta (al no exigir justificar la solicitud del fin anticipado del contrato), sin embargo, yerra, al tampoco exigir a las suministradoras una efectiva justificación de su pretensión de derivar una penalización económica a su favor, cuando ese fin anticipado del contrato se solicite por un consumidor con derecho a acogerse a una TUR en el mercado regulado. No puede obviarse en este sentido, que es el propio art. 62.3º TRLGDCU *in fine* (al igual que la Directiva 2024/1788, de 13 junio) el que prohíbe que puedan fijarse y exigirse penalizaciones económicas o indemnizaciones, con ocasión de poner fin anticipado al contrato, siempre que no estén económicamente justificadas. Más en concreto, cuando «no se correspondan con los daños efectivamente causados»⁵⁴. Fuera del contexto de una repercusión negativa para la empresa suministradora, las reglas del art. 62.3º TRLGDCU proclaman el carácter libre y gratuito del ejercicio del derecho a poner fin al contrato⁵⁵. Además, hacen innecesario el debate sobre si son «onerosas» o «desproporcionadas» las penalizaciones no conectadas a «daños efectivamente

⁵³ Antes de ser modificado el art. 38 RD 1434/2002 por el RD-ley 18/2022, no contemplaba la exigencia penalización alguna. Después, continúa sin exigirla «antes de iniciada la primera prórroga», aunque pretenda asociarle, de forma indebida, una penalización, al no intentar justificar su exigencia. Por lo demás, que un contrato sea de duración determinada y no excesiva, no implica que sólo pueda romperse el vínculo contractual sin penalizaciones, de no existir una causa justificada. La propia regulación sectorial del contrato de suministro de gas reconoce la posibilidad de poner fin al contrato de duración determinada y sin alegar causa alguna. Al margen de ello, cabe preguntarse si podría ser abusiva ex art. 85.4º TRLGDCU la cláusula que autorizase al empresario a ponerle fin, si al consumidor y usuario no le reconoce la misma facultad». Se estaría arrogando éste una facultad discrecional de su extinción anticipada, que no tendría reconocida en esa regulación sectorial. En este sentido, GONZÁLEZ PACAKOWSKA, Isabel. «Comentario al artículo 85.4º TRLGDCU», *Comentarios al TRLGDCU y otras leyes complementarias*, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.), Aranzadi, 2009, pp. 1210 y 1.211.

⁵⁴ La SAP Murcia (Secc. 5ª) de 10 febrero 2010 (ECLI:ES: APMU:2010:296), Ponente: Matías Manuel Soria Fernández-Mayoralas, contiene una argumentación precisa y acertada en la materia: «cualquier cláusula de un contrato de prestación de servicios... que infrinja lo previsto en el artículo 62.3º TRLGDCU... está legalmente prohibida y no puede ser aplicada por los tribunales de justicia, para fundamentar una indemnización como la solicitada...únicamente hubiera tenido derecho a una indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la resolución unilateral del contrato de prestación de servicios... se trataría de *perjuicios reales y probados* en las actuaciones, lo que no se ha dado, pues la apelante sustentaba su reclamación únicamente en los términos contractuales y en una cláusula prohibida legalmente». (FD 2º). Vemos cómo no basta con «pactar libremente» la penalización.

⁵⁵ El art. 38 RD 1434/2002 pretende condicionar el ejercicio del derecho legal de los consumidores a poner fin anticipado al contrato de suministro de gas, al margen de la normativa de protección de los consumidores y usuarios. Focaliza su (supuesta) vocación protectora únicamente en la limitación de su penalización, obviando que es su propia exigencia injustificada la que ya colisiona con tal normativa.

causados», al ya atribuirle ese carácter el propio art. 62.3º TRLGDCU⁵⁶. De esta forma, mientras el art. 4.5º del RD 1435/2002 parecía ser más conciliable con ese art. 62.3º TRLGDCU (al exigir una necesaria relación de causa-efecto entre daños irrogados y la penalización económica), el muy posterior art. 38 del RD 1434/2002 incurre en una clara infracción del mismo⁵⁷.

7.2. La infracción de la prohibición legal de «la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente»

Con independencia de ser poco afortunada, e incluso confusa, la expresión utilizada por el art. 62.3º TRLGDCU (y el art. 87. 6º TRLGDCU) de «ejecución unilateral»⁵⁸ y de que podría ser más acertado aludir a «fijación unilateral» de cláusulas penales; lo cierto, es que la redacción del art. 38 RD 1434/22002 parece prever la atribución a la empresa contratante del suministro, de la posibilidad de la «ejecución unilateral» de la penalización que regula, una vez que la habilita para introducirla unilateralmente y con el limitado contenido económico que tiene a bien explicitar⁵⁹. Ni siquiera se trata de una cláusula penal que «se hubiera fijado contractualmente», dado que quién la fija es ese propio art. 38. La empresa comercializadora se limita a trasladarla al contrato, en aparente cumplimiento de tal art. 38, aunque obvie que así también está incumpliendo el art. 62.3º TRLGDCU. En relación con esta colisión con la normativa de los

⁵⁶ El art. 62.3º TRLGDCU aclara que se corresponde con una de las «limitaciones» legalmente prohibidas (por «obstaculizar el derecho a poner fin al contrato»), «la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados», al identificarla él mismo («tales como») entre las «sanciones o cargas onerosas o desproporcionadas» que relaciona como legalmente prohibidas. De ahí, que el art. 38 RD 1434/2002 ya no podía adentrarse a regular una simple limitación de su cuantía, sin vincularla a daños acreditados. El fundamento de esa prohibición legal no depende de la entidad económica de la penalización, sino del hecho mismo de pretender cobrarla en una cantidad (sea la que sea) que no esté relacionada con la liquidación de un «daño efectivamente causado». Si la penalización ya no puede existir a cargo del consumidor de esa forma injustificada (como una limitación que excluya u obstaculice su derecho a poner fin al contrato» ex art. 62.3º TRLGDCU), el hecho de proceder a reducir simplemente su importe no elimina la realidad de la prohibición legal del art. 62.3º TRLGDCU.

⁵⁷ Lo llamativo del art. 4.5º del RD 1435/2002, es que sea conciliable con el art. 62.3º TRLGDCU desde el año 2005 (incluso antes de preverse como prohibición legal con la Ley 44/2006, de 29 diciembre (art. 12.3º LGDCU). Por el contrario, la penalización del art. 38 del RD 1434/2002 entra en colisión con esa prohibición, después de 16 años de estar prevista como tal en la normativa de los consumidores.

⁵⁸ En este sentido, GARCÍA VICENTE, José R y LÓPEZ MAZA, Sebastián. «Comentario al art. 62 TRLGDCU», *op. cit.*, nota al pie nº 171, pp. 879 y 880.

⁵⁹ Al abstraerse de todo requisito de daño causado, en cierto modo, el art. 38 RD 1434/2002, de 27 diciembre viene a pretender vincular a la exclusiva voluntad unilateral del empresario, la posibilidad de reclamar una penalización, encaminada a represaliar económicamente la decisión del consumidor de poner fin anticipado al contrato. En este sentido, parece que nos adentraríamos en el terreno propio de los clausulados abusivos del art. 85 TRLGDCU, al ni siquiera intentar contrarrestarlo con una previsión similar y favorable al consumidor, para el caso de quien incumpla el contrato sea el empresario.

consumidores, cabría interpretar que, más que de una verdadera ejecución, estaremos ante la asociación automática de una concreta consecuencia económica a un comportamiento contractual del consumidor (solicitar la extinción anticipada del contrato en su primera anualidad) y ello aunque no cause con él mismo ningún daño efectivo al suministrador. Ese art. 38 refiere literalmente que la exigibilidad de la penalización se activará de ese modo automático, «siempre que, a solicitud del consumidor, se rescindiera su contrato antes de iniciada la primera prórroga...». Para el art. 38 la reclamación de tal penalización es «siempre» posible en esos casos y con independencia de que se cause o no un daño efectivo a la empresa contratante. Ahora bien, eso es lo que, precisamente, prohíbe el art. 62.3º TRLGDCU y lo que su art. 87.6º identifica como un comportamiento contractualmente abusivo. Al margen de que el derecho a poner fin a un contrato de suministro de tracto sucesivo o continuado no es necesario que esté reconocido en el contrato ni en su regulación sectorial (al ser un derecho legal *ex art. 62 TRLGDCU*), lo único que parece ser posible que pacten los contratantes al respecto, es el eventual régimen económico que podrá asociarse a una solicitud de la extinción anticipada, de traducirse en una repercusión negativa para el empresario. El hecho mismo de la fijación en el contrato de una indemnización por esa extinción anticipada (aunque sea al amparo del art. 38 RD 1434/2002), por sí solo, no otorga derecho alguno al suministrador a ejecutarla, si no consigue acreditar que se corresponde con «daños efectivamente causados» al mismo. En este caso, no podría reclamar ninguna cantidad económica por la extinción anticipada del contrato.

Si el art. 38 RD 1434/2002 no resulta aplicable a los consumidores contratantes del suministro de gas (por contravenir el art. 62.3º TRLGDCU), cabe cuestionarse si ante una eventual realidad de daños efectivamente causados, el empresario podría también oponerse a la aplicación de ese art. 38, de considerar que padece daños que exceden del límite económico máximo que predetermina y para poder reclamarlos como penalización⁶⁰. A su vez, lo que tampoco parece posible es la pretensión del art. 38 RD

⁶⁰ Se trata de verificar si para ese hipotético escenario de daños efectivamente causados por la extinción anticipada y que fueran superiores a los que permite reclamar el art. 38 RD 1434/2002 («no podrán exceder el 5% de la facturación prevista por el término variable de energía»), en aplicación *a sensu contrario* del art. 62.3º TRLGDCU, el empresario podría reclamar su cuantía total superior a ese 5% de la facturación prevista. A nuestro juicio, la respuesta a esta cuestión, en principio, la ofrecería el art. 59.2º *in fine* del TRLGDCU: «No obstante lo previsto en el párrafo anterior, la regulación sectorial podrá elevar el nivel de protección conferido por esta ley, *siempre que respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea*». Sólo para el supuesto de que con la extinción anticipada del contrato durante su primera anualidad se generasen daños superiores a la cuantía limitada por el art. 38 RD 1434/2002, ésta adquiriría una prevalente aplicación por mejorar en ese específico aspecto el nivel de protección dispensando por el art. 62.3º TRLGDCU. No obstante, suscita dudas que una penalización tan pluralmente contraventora de la normativa de los consumidores pueda ser instrumentalizada en algún

1434/2002 de transformar su penalización, en una especie de liquidación anticipada y calculada de forma desconectada del daño y que se supone que debería estar destinada liquidar⁶¹. Para habilitar a la empresa contratante a fijarlo en el contrato y a ejecutarlo con ocasión de la extinción anticipada, como decimos, ni exige su existencia, ni tampoco le requiere que lo acredite como «daño efectivamente causado», dentro de una obligada relación causa-efecto con la extinción anticipada a la que alude. Un daño que, por ello, parece querer implícitamente presumir el art. 38 RD 1434/2002 y sin tampoco hacer depender su propia realidad de la necesaria reciprocidad del contenido concreto de derechos y obligaciones del contrato. A pesar del art. 38, si la empresa contratante pretende reclamar alguna penalización conectada a la extinción anticipada del contrato de suministro, no sólo tendrá que acreditar la realidad misma del daño que efectivamente se le haya realmente irrogado, sino haber previamente informado (ex art. 60. 2º f) TRLGDCU) de la posible repercusión económica que podría llegar a conllevar y fijarla también de un modo claro en el contrato. Sólo podrá reclamar como penalización el daño efectivo que pueda acreditar. En caso contrario, ni será posible que perciba la cuantía máxima de penalización del art. 38 (ni ninguna otra inferior), al no poder relevarle éste art. 38 de su deber de acreditar el daño, a pesar de parecer pretenderlo. En definitiva, la existencia de un «daño efectivamente causado», es el verdadero criterio delimitador de la realidad o no de esta prohibición legal del art. 62.3º TRLGDCU y de su correspondiente vertiente abusiva (art. 87.6º TRLGDCU).

7.3. La infracción de la prohibición legal de exigir el abono de cantidades «por servicios no prestados efectivamente»

Para seguir ahondando en la incompatibilidad de la regulación sectorial del art. 38 del RD 1434/2002 con la normativa de protección de los consumidores, debemos retomar la implícita presuposición de ese art. 38, de considerar que el consumidor al que se refiere, contrae una especie de vinculación incondicional durante toda la primera anualidad de ese contrato. De otro modo no parece que pueda interpretarse, que considere que es posible restringir económicamente su derecho a ponerle fin hasta que no finalice, como una pretendida consecuencia o respuesta empresarial ante su

puntual caso como medida de «mayor protección» de los consumidores. Por de pronto, ya estamos constatando cómo ese párrafo último del art. 59.2º TRLGDCU supedita a una determinada condición la posibilidad de que una regulación sectorial pueda elevar el nivel de protección del TRLGDCU: «*siempre que respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea*». Por ello sólo si las respetasen (que no parece ser el caso) podría aplicarse para proporcionar una superior protección.

⁶¹ Algún autor precisa, acertadamente, la ilicitud de la cláusula penal que fije de modo anticipado daños no causados de forma efectiva. CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «Comentarios al art. 62», *op. cit.*, p. 557.

iniciativa extintiva del contrato⁶². En este sentido, resta ahora por analizar si la forma de materializar esa penalización puede considerarse «desproporcionadamente alta» (art. 85. 6º TRLGDCU) y si se encuentra en la relación abierta que prohíbe y refleja el art. 62.3º TRLGDCU, como una «sanción o carga onerosa o desproporcionada», identificando a tal efecto el «abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente». El art. 38 RD 1434/2002 parece referirse, precisamente, a ese legalmente prohibido abono: «la penalización máxima *por rescisión de contrato* no podrá exceder el 5% *de la facturación prevista* por el término variable de energía»⁶³.

Como la penalización la regula sólo para sancionar el hecho mismo de la extinción anticipada del contrato, ya no la conecta con una reclamación al consumidor contratante de los efectos perjudiciales derivados de la solicitud de esa extinción. El art. 38 RD 1434/2002, ante todo, persigue facilitar al empresario el cobro directo de un porcentaje de la facturación futura que se llegue a estimar (al precio del gas el día de la solicitud de finalización anticipada del contrato) y por el servicio de su suministro (que, en buena lógica, no prestará de forma efectiva), al corresponder al tiempo que pueda restar del contrato desde la solicitud de su extinción anticipada y hasta agotar su primera anualidad⁶⁴. Ese art. 38 RD parece obviar que el art. 62.3º TRLGDCU no permite

⁶² De forma tácita se interpreta que éste no respeta esa vinculación contractual (al perseguirse que de máxima pase a mínima) considerándole como un consumidor que no cumple sus obligaciones y al que puede imponérsele una penalización por tal motivo. Ahora bien, el ejercicio de un derecho legal no implica ni puede implicar un incumplimiento contractual por parte de quien lo ejercita y, menos aún, si se pretende que se traduzca en la, automática e injustificada, asunción de una penalización económica por el mero hecho de ejercitarlo. La atribución por el art. 62.3º TRLGDCU de un derecho a desvincularse del contrato en cualquier momento para extinguirlo de forma unilateral e inmotivada e incluso antes de finalizar el plazo pactado, parece incorporar una excepción o limitación al carácter normalmente obligatorio del contrato (art. 1.256 y 1.257 CC). No cabe interpretar que ese art. 62.3º TRLGDCU habilite a los consumidores para incumplir el contrato, al deber cumplirlo en los términos pactados hasta que no active el derecho a ponerle fin anticipado. Todo lo ejecutado hasta ese momento por la parte empresarial (servicios prestados o bienes suministrados) debe ser liquidado antes o con la propia extinción anticipada, por lo que ésta debe articularse sobre la base de un previo cumplimiento.

⁶³ Parece poco adecuado el término jurídico de «rescisión» del art. 38 del RD 1434/2002 (respecto del contrato de suministro gas) y el del art. 4.5º del RD 1435/2002 (respecto del contrato de suministro eléctrico). Con independencia de que la rescisión requiera una sobrevenida ineficacia del contrato debido a una lesión injusta por parte del contratante que la solicita, de lo que en realidad se trata en esos contratos, es de no confundir una solicitud de extinción o finalización anticipada del contrato, con la consiguiente realidad jurídica y económica que experimenta el contrato con la misma.

⁶⁴ Si bien el art. 62.3º TRLGDCU incide en la prohibición del comportamiento contractual del empresario de cobrar por «servicios no prestados efectivamente» por él mismo y con la finalidad de dificultar el derecho del consumidor a poner fin al contrato, el art. 87.5º TRLGDCU desplaza el foco de atención hacia el propio consumidor, considerando como un abuso por falta de reciprocidad (sin necesidad de estar relacionado con el ejercicio del derecho a poner fin al contrato) «cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva».

exigir el previo cobro de una cantidad por servicios que no se hayan prestado, al otorgar el derecho a poner fin al contrato *ad futurum*. Por tanto, no puede pretenderse que en ese futuro (en el que el contrato ya no existirá) subsista sólo una obligación económica del consumidor y no otra correlativa de la comercializadora, a base de prever que pueda cobrar ésta un porcentaje de la previsible facturación por un servicio que no prestará⁶⁵. Se está cuestionando así, de forma indirecta, que el consumidor tenga la libre voluntad y derecho de no seguir cumpliendo el contrato en tal futuro, a pesar de otorgársele el art. 62.3º y el art. 87.6º TRLGDCU.

Por el contrario, en la distinta penalización prevista en el art. 4.5º del RD 1435/2002 (para la misma finalización anticipada del contrato de suministro eléctrico), como decimos, no se prevé que la suministradora pueda cobrarla, si no acredita daños por la extinción del vínculo contractual durante su primera anualidad⁶⁶. Ese art. 4.5º no estaba habilitando a las comercializadoras contratantes del suministro eléctrico, para realizar el cobro directo de un porcentaje de una futura facturación estimada. Sin embargo, el art. 38 RD 1434/2002 sí pretende habilitarlas para que hagan efectivo el cobro directo de un porcentaje de facturación, por servicios de suministro aún pendientes y que, desde luego, tampoco llegarán a prestarse ni a consumirse. Así lo explicita ese propio art. 38, al hacer referencia a que la penalización consistirá en el cobro (directo) y no superior del «5% de la facturación *prevista*» y que se calculará en función de «la energía estimada *pendiente* de suministro... y «*pendiente* de consumo».

⁶⁵ Ese futuro se inicia a partir de la finalización del plazo de preaviso pactado, ya que durante él mismo el contrato sigue vigente. El art. 37.4º RD 1434/2002 señala un necesario preaviso de sólo «seis días hábiles» para los contratos de suministro en el mercado regulado: «...la duración de los contratos de suministro a tarifa será anual y se prorrogará tácitamente por plazos iguales...el consumidor podrá darse de baja en el suministro antes de dicho plazo, *siempre que lo comunique fehacientemente a la empresa distribuidora con una anticipación mínima de seis días hábiles a la fecha en que desee la baja del suministro*». El art. 4.5º RD 1435/2002 y el art. 38 RD 1434/2002 exigen un preaviso de 15 días para rescindir las prórrogas del contrato. Aunque ese art. 38 no exija un concreto plazo de preaviso para solicitar la extinción anticipada durante la primera anualidad, todo apunta a que debería ser similar al indicado en su art. 37.4º, por referirse en un caso y en el otro a los mismos consumidores con derecho a contratar el suministro en el mercado regulado. Un plazo de preaviso excesivamente largo, parece que podría interpretarse en estos casos como una limitación adicional al derecho a poner fin al contrato.

⁶⁶ Lo relevante para el caso específico ahora abordado, es que en este diferente supuesto de penalización en el suministro eléctrico de ese art. 4.5º, ni se prevé el cobro directo o indirecto de un porcentaje de la facturación estimada por unas prestaciones posteriores a la extinción anticipada del contrato y que no se llegarán a prestar de forma efectiva. Es importante precisar en este sentido, que al reducirse tal penalización al cobro de unos daños efectivamente causados, el 5% de la facturación estimada por servicios que no se prestarán efectivamente, tan sólo se instrumentaliza en ese art. 4.5º, como una objetiva referencia o parámetro comparativo de cálculo, respecto del límite máximo exigible del importe de los daños acreditados que se podrían llegar a reclamar y cobrar con su penalización.

8.- LA MATERIALIZACIÓN DE ABUSOS DEL TRLGDCU CON LA PENALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 38 REAL DECRETO 1434/2002, DE 27 DICIEMBRE

La nulidad de las cláusulas contractuales que incorporen la penalización del art. 38 RD 1434/2002 ya está garantizada, al infringir las prohibiciones legales de contratación analizadas. A tal estricto efecto, ni siquiera resulta necesario analizar los supuestos abusivos en los que también es susceptible de incurrir. No obstante, consideramos que deben igualmente subrayarse, aunque sea de modo más breve, como una forma de reforzar el carácter infractor (*ex art.* 59.2º TRLGDCU) de la propia regulación sectorial que decide incorporar esa penalización al ordenamiento jurídico. En efecto, ya que la cuestión analizada trasciende de una exclusiva repercusión contractualmente interna, al afectar a la propia calidad de las regulaciones sectoriales que pretenden incidir en la contratación con los consumidores, con eventual alteración de la libre competencia en los respectivos mercados de contratación de los suministros de gas y de electricidad.

8.1. *La concurrencia de los parámetros de lo abusivo*

En estos casos de penalización, las comercializadoras no necesitan negociar ni pactar la penalización del art. 38 RD 1434/2002, al ya prever éste su propia inclusión contractual y su cálculo. Por tanto, les resulta suficiente a tal efecto limitarse a invocar que tal precepto las habilita para ello. Al ser un contenido contractual normado y que permite asociar a la sola voluntad del empresario la incorporación de cláusulas sobre esa penalización, como decimos, ni suele ser objeto de negociación individualizada, ni tampoco las comercializadoras del suministro necesitan que realmente lo sea. El referido art. 38 semeja adentrarse así en el terreno propio del abuso del art. 85.5º TRLGDCU, al vincular de ese modo el contrato a la sola voluntad del empresario en ese específico sentido⁶⁷. No se supedita la exigencia de esa penalización a la concurrencia de algún necesario presupuesto contractual (compensar ventajas o resarcir daños) sino que sólo depende de una inmotivada decisión empresarial y, además, contraviniendo los parámetros de lo prohibido del art. 62.3º y de lo abusivo del art. 87.6º del TRLGDCU. A su vez, por la singular forma de regular su penalización (desconectada de

⁶⁷ La penalización del art. 38 del RD 1434/2002, en realidad, se regula como si pudiese ser un requisito contractual exigible de forma unilateral por las comercializadoras, para condicionar el libre ejercicio por el consumidor de su derecho a solicitar la finalización anticipada del contrato. Lo que parece pretender es restringir el ejercicio de un derecho legal de los consumidores en los contratos de servicio tracto sucesivo, a base de favorecer su arbitraria penalización por parte de unas determinadas empresas.

cualquier perjuicio) el art. 38 RD 1434/2002 también parece hacerla encajar dentro del canon de desproporción («desproporcionadamente alta») del art. 85.6º TRLGDCU⁶⁸.

Es el propio art. 62.3º TRLGDCU el que predetermina el criterio de ponderación de lo «oneroso» o desproporcionado», como determinante de la prohibición de contenido contractual que establece, al no ajustarse sólo a un estricto criterio cuantitativo (como parece querer interpretar el art. 38 RD 1434/2002, al limitar la cuantía de la penalización que prevé), sino también depender de la existencia o no de una justificación o causa (servicios efectivamente prestados y no abonados o la acreditación de unos verdaderos daños causados), en la que pueda sustentarse el derecho de cobro de una penalización por la extinción anticipada. Como tales cláusulas no negociadas individualmente, sólo podrán eludir su carácter abusivo si están adaptadas a los requisitos del art. 80.1º c) TRLGDCU y si no incurrir en ningún parámetro de lo abusivo del art. 82.1º TRLGDCU. Sin embargo, difícilmente podrán evitar ese carácter, al ser su propia regulación sectorial la que parece incurrir en la infracción de lo establecido en ambos preceptos.

8.2.- *La ausencia de reciprocidad y de equilibrio*

Una de las principales anomalías de la penalización del art. 38 RD 1434/2002 reside en que, en realidad, se regula para ser percibida a cambio de nada. Una vez descartada su función liquidadora, queda reducida a ser una injustificada obligación económica de pago. La exige la comercializadora al cesar en la prestación del servicio de suministro, no sólo sin relación alguna con prestaciones efectuadas e impagadas, sino asociada prestaciones que no llegarán a existir. Aunque con la extinción anticipada cesa la ejecución de la prestación principal de la comercializadora del suministro, ese art. 38 considera que ésta puede exigir igualmente que los consumidores contratantes cumplan con una última y residual parte de su propia prestación principal de abonar el suministro y, además, por servicios que esa empresa nunca les terminará prestando. Por tanto, la penalización no pretende ser una consecuencia de lo ya previamente ejecutado con el contrato, sino de lo que no se ejecuta ni se llegará a ejecutar. De ahí que, desde la perspectiva del derecho general de obligaciones y contratos del Código

⁶⁸ Lo mismo sucede con la analizada penalización en el contrato de suministro eléctrico, ya que el art. 28.3º RD 88/2026 enfrenta a los consumidores domésticos que no contraten el peaje 2.0TD, al riesgo de padecer penalizaciones carentes de toda justificación económica (al no exigir conectarla en esos casos con daños irrogados al suministrador). Por ello, cualquier cantidad con la que se penalice de ese modo injustificado ya es desproporcionada y abusiva, aunque se pretenda enmascarar su carácter abusivo por la empresa suministradora, acudiendo a la mera apariencia formal externa de un libre acuerdo».

civil e incluso sin necesidad de acudir a la normativa de protección de los consumidores, el art. 38 RD 1434/2002 parece ser ajeno a cualquier perspectiva y exigencia de reciprocidad del contrato⁶⁹. Si bien esta reciprocidad no requiere la existencia de una equivalencia de valores entre las prestaciones contractuales, en cambio, sí exige que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento sinalagmático de la relación contractual de que se trate. Sin embargo, ese art. 38 se abstrae de la realidad jurídica de las obligaciones bilaterales recíprocas⁷⁰. Por una cuestión atinente a la carencia de reciprocidad del contenido de derechos y obligaciones del contrato (no se prevé penalización a cargo del empresario si incumple el contrato, ni se le exige conectarla a un acreditado daño) y por su contrariedad con la buena fe, no puede obviarse que la prohibición legal de esta penalización también tiene una concreta traducción abusiva en el art. 87.5º TRLGDCU: es abusiva «cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva»⁷¹. El art. 38 RD 1434/2002 se abstrae de toda relación de equidad y de equivalencia entre la cuantía de su penalización y la que (se supone) debería corresponder al perjuicio o pérdida económica directa, que pueda

⁶⁹ Al apartarse el art. 38 RD 1434/2002 de toda premisa de necesaria reciprocidad, ya pasa a centrar su atención sólo en la consecuencia económica que hace recaer sobre el consumidor que solicita la finalización anticipada del contrato, pero «sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario» (art. 87.2º TRLGDCU). La CNMC en su «Guía para la protección de los consumidores de electricidad y gas» (expediente CNS/DE/1154/21) de 17 febrero 2022, elabora un decálogo de nuevas obligaciones de transparencia que el RD-Ley 23/2021 impuso a las comercializadoras de electricidad y gas. En la misma refleja que «en el caso de que la comercializadora decida rescindir un contrato conforme a las condiciones económicas pactadas, debería compensar al consumidor con el mismo criterio de penalización pactado para el supuesto inverso (que hubiese sido el consumidor el que rescindiese dicho contrato)». -p. 13-.

⁷⁰ Las obligaciones bilaterales recíprocas determinan que en una concreta relación jurídica cada parte contratante es al mismo tiempo acreedora de una prestación y deudora de otra. Sin embargo, el art. 38 RD 1434/2002 persigue que la obligación principal de prestar el suministro de gas natural no sea la necesaria contrapartida de la obligación principal de abonarlo por el consumidor que lo contrata y como si cada obligación no tuviese que funcionar una como causa de la otra. Tal y como subraya SANCHO REBULLIDA, Francisco de A. «La causa como elemento de la relación obligatoria». *Estudios de Derecho Civil I*, Edit Universidad de Navarra, 1978, pp. 147-162, «el requisito del contrato no es la causa, sino que la obligación que en él se establezca tenga causa...cuando la prestación carece de toda causa hay un enriquecimiento injusto...» (pp. 148 y 149). El Código civil permite oponerse a la exigencia de cobro de la penalización injustificada de ese art. 38, al no poder exigirse el cumplimiento de una parte del pago del suministro futuro, después de haber desaparecido (por extinción anticipada del contrato) la propia obligación de la prestación de ese suministro. La necesidad de restablecer la posibilidad del libre ejercicio del derecho a poner fin al contrato es el principal fundamento de la necesidad de identificar los posibles comportamientos abusivos que se integran en la penalización del art. 38 RD 1434/2002.

⁷¹ El perjuicio ocasionado al consumidor en este caso resulta evidente, no sólo por forzarle a pagar una cantidad económica no asociada a repercusión negativa alguna del empresario sino, sobre todo, por pretender que pague por el simple ejercicio del derecho legal a poner fin al contrato y que le atribuye de forma directa el art. 62 TRLGDCU e indirecta el art. 87.6º TRLGDCU.

causarse al suministrador con la extinción anticipada del contrato, a instancia del consumidor y «antes de su primera prórroga»⁷². En el caso presente, ello reviste una especial gravedad, al ser el propio art. 57 bis 1º e) 9º LSH el que identifica como uno de los derechos de los consumidores contratantes del suministro de gas, el que «las condiciones serán equitativas y se darán a conocer con antelación». Su exigencia general de ese carácter equitativo de las condiciones contractuales, implicaba que este art. 57 bis 1º e) 9º LSH representase una limitación legal previa, que ya impedía que se incorporase después al art. 38 RD 1434/2002, la posibilidad misma de una penalización desconectada de la irrogación de un daño, perjuicio o pérdida económica por la extinción anticipada del contrato de suministro⁷³. Ese art. 38 RD 1434/2002 entra así, de forma sobrevenida, en clara contradicción interna con el previo art. 57 bis 1. e) 9º LSH. Por ello, antes de precipitarse tal art. 38 a explicitar cómo debe calcularse el límite de esa penalización, lo primero que debería exigir es que se sustentase en un verdadero detrimento patrimonial de las comercializadoras que la pretendiesen exigir y percibir. Al no haber sido así, a los consumidores se les termina privando del derecho a unas «condiciones equitativas» de contratación del suministro y objeto de una información precontractual y contractual⁷⁴. En consecuencia, escasa virtualidad

⁷² Ese art. 38 RD 1434/2002 considera que en todos los casos de extinción anticipada del contrato que refiere, la comercializadora podrá cobrar un injustificado quantum: «la penalización máxima» que «no podrá exceder el 5% de la facturación prevista por el término variable de energía». Lo que no se prevé es un criterio o parámetro de referencia, al que poder ajustar la moderación de la cuantía de tal penalización y tampoco parece admitirse la posibilidad de que pueda ser inferior a ese máximo. Este es el motivo por el que se detecta a nivel cuantitativo, lo que no deja de ser una similar distorsión de la comentada dualidad duración máxima/mínima. Al querer arrogarse ese art. 38 una especie de facultad de moderar la cuantía de esa penalización (como una medida supuestamente protectora), también obvia: 1. Que en estos casos no estamos ante un incumplimiento de ningún tipo de la obligación principal del consumidor contratante del servicio de suministro de gas, 2. Que éste no es deudor de nada, si no existen daños efectivamente causados y 3. Que incluso existe la interdicción de la moderación judicial de una penalización, si ésta puede ser nula por legalmente prohibida y abusiva.

⁷³ MUNITA MARAMBIO, Renzo E. «Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: Una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil». *Latin American Legal Studies*, vol. 8, nº. 1, 2021, pp. 174-206. Concluye afirmando el autor que «el recurso a la equidad contractual va en la línea de aclarar por qué el contrato obliga, llegándose a la convicción que lo hace porque es justo». (p. 186). En nuestro caso siempre quedará sin respuesta la pregunta de por qué el consumidor debe abonar una penalización por la extinción anticipada del contrato, si con la misma no causa daño o perjuicio alguno.

⁷⁴ Al respecto, TRONCOSO BUITRAGO, María y HERNÁN CUELLAR DURÁN, Luis. «Responsabilidad por reticencia en suministro de información al consumidor». *Revista e-mercatoria*, vol. 22, 2023, pp. 407-430. El art. 38 RD 1434/2002, en realidad, supone la privación de ese derecho contractual de los consumidores contratantes del suministro de gas y, como tal, incorpora el abuso del inciso primero del art. 86 TRLGDCU y del art. 86. 7º TRLGDCU. Con independencia de que exigir una penalización para poder extinguir el contrato al margen de toda perspectiva de reciprocidad, equilibrio o equidad contractual implica una privación del derecho del consumidor a «ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró» (art. 62.3º TRLGDCU), lo cierto es que tampoco está justificado que pueda limitarse o

protectora puede ofrecerles sólo limitar el cobro de una penalización (como pretendido importe máximo de la misma), si su propia cuantificación y exigencia se prevale de la ausencia de cualquier mínima equidad contractual⁷⁵.

8.3.- *Los principales contenidos abusivos*

Si bien lo prohibido *ex art. 62 TRLGDCU* no tiene por qué también ser abusivo, el indicado contexto de no negociación individualizada provoca que, en estos casos, lo que está prohibido *ex art. 62.3º TRLGDCU*, suela ser abusivo *ex art. 87.6º TRLGDCU*⁷⁶.

Por el contrario y respecto del suministro eléctrico, ya hemos visto cómo el RD 88/2026 concentra todos sus esfuerzos en sólo tratar de esquivar los parámetros de lo abusivo del art. 82 TRLGDCU (aunque obviando su carácter abusivo «en todo caso» del art. 82.4º TRLGDCU), acudiendo a la exigencia de que las penalizaciones por la extinción anticipada del contrato de suministro desvinculado de un específico peaje deban ser «libremente acordadas». Al mismo tiempo, en esos específicos casos no exige que estén económicamente justificadas, de conformidad a los requisitos del art. 12.3º Directiva 2019/944 y del art. 62.3º TRLGDC, provocando la activación del carácter abusivo del art. 84. 4º b), c), e) y f) TRLGDCU. Lo que parece pretenderse es instrumentalizar un «libre acuerdo» para «permitirle» a las empresas suministradoras incumplir las exigencias restrictivas de la penalización derivadas de esos preceptos.

Por otra parte, la «penalización» del art. 38 RD 1434/2002 parece concebirse desde una exclusiva perspectiva económica y no jurídica, con la predeterminada finalidad de inhibir iniciativas de extinción anticipada del contrato por parte de los consumidores y

dificultarse así económicamente el ejercicio de otro derecho que ostenten unos consumidores: el derecho de contratar una TUR en el mercado regulado del suministro.

⁷⁵ El RD-ley 18/2022, de 18 octubre no debería haber exhibido como una medida de protección, sólo el hecho de limitar el importe de la penalización que prevé, si de cualquier cuantía de la misma, por mínima o máxima que fuera, ya puede predicarse su carácter legalmente prohibido y abusivo, al menos en la concreta forma en la que la se tiene a bien regular por el art. 38 RD 1434/2002

⁷⁶ El art. 87.6º TRLGDCU considera abusivas estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para ejercer derechos reconocidos en el contrato, nos reenvía al abuso del art. 86 TRLGDUCU («En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten...al consumidor y usuario de derechos reconocidos por normas...imperativas») y al del art. 86. 7º TRLGDCU («La imposición de cualquier otra...limitación de los derechos del consumidor y usuario»). Sobre el abuso analizado en el art. 85.10º TRLGDCU, (se considera abusivo no «reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato, si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado»), esto será lo que puede suceder en estos casos, si el precio del gas es variable y se calcula la penalización en base al mismo (en contra del art. 12.3º Directiva 2024/1788). A su vez, se ha subrayado que será abusiva *ex art. 87.5º TRLGDCU* toda situación contractual (aún sin conexión a la extinción anticipada) que prevea el «cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva»).

usuarios contratantes. Lo que parece perseguirse con su regulación, es tratar de generar dudas en los mismos, acerca de si realmente les compensará poner fin anticipado al contrato de suministro en el mercado libre (abonando la penalización que prevé), para poder contratar el suministro en el mercado regulado (mediante una TUR) o limitarse a seguir cumpliendo la primera anualidad del contrato de suministro en ese mercado libre, aunque asumiendo precios del gas superiores a los del mercado regulado. De otro modo no parece que pueda interpretarse, que se haya previsto una penalización, tan contraria e infractora de prohibiciones legales y de comportamientos abusivos de contratación y a la que parece resultarle ajena toda exigencia de proporcionalidad y de equidad⁷⁷ y la quiebra del necesario equilibrio contractual⁷⁸.

9.- EL PAGO DE LA PENALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 38 REAL DECRETO 1434/2002: ¿UN VERDADERO CONDICIONANTE DE LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO?

Con independencia de la gravosa dimensión económica indicada, como inspiradora de la penalización del art. 38 RD 1434/2022⁷⁹, debemos posicionarnos ante el momento

⁷⁷ La CNE en su Informe 32/2011, de 18 octubre señalaba que «la imposición a los consumidores de una cláusula de penalización por rescisión de contrato desproporcionadamente alta podría considerarse como abusiva». -p. 91-. Recordar que las actuales Directiva de gas y de electricidad establecen que las penalizaciones deberán ser proporcionadas y que no rebasarán la pérdida económica directa sufrida y probada por el suministrador. Sobre esa exigencia de proporcionalidad, CRIADO CASTILA, Juan F. «Proporcionalidad y cláusulas abusivas. El principio de proporcionalidad como criterio para definir la abusividad de las condiciones generales de contratación» *Tesis doctoral*. Llamas Pombo, E, (dir). Univ. Salamanca, 2022, pp. 1-850. Analiza el «principio de proporcionalidad», como «relación adecuada entre fines y medios» -p. 496-, y mecanismo de protección del consumidor -p. 529-. ERBETTA MATTIG, Andrés. «Ensayo sobre la carga de la prueba del incumplimiento contractual en la ley sobre Protección de los derechos de los Consumidores». *Revista de Derecho*, vol. 31, nº 2, 2018, pp. 53-69.

⁷⁸ En estos casos, el principio *pacta sunt servanda* pierde relevancia, al ser la propia Ley (art. 62.3º TRLGDCU) la que permite poner fin al contrato antes de agotar su duración *pactada* y la que traduce en insuficiente un libre *pacto* de penalización por su extinción anticipada, si no va asociado a los requisitos determinantes de su válida exigibilidad. Sobre las diferentes instituciones jurídicas que permiten flexibilizar el principio *pacta sunt servanda* HERRERO URTUETA, Eduardo. «La ruptura del equilibrio contractual: hacia una tendencia común desde diferentes derechos nacionales». *REDUR*, 2021, pp. 87-107. También TOLOSA VILLABONA, Luis A. «De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo». *Estudios Socio-Jurídicos*, 19(2), 2017, pp. 13-61. Aborda la necesaria «Amplia protección de los derechos de los consumidores y usuarios», abogando por dar «preeminencia al Derecho del consumidor», pp. 29-36.

⁷⁹ En el «Informe de supervisión de los mercados minoristas de electricidad y gas: Año 2022 y avance 2003», de la CNMC de fecha 25 abril 2024, refiere: «...se ha puesto de manifiesto...la importancia de que los contratos de suministro de los consumidores domésticos *no contengan cláusulas potencialmente abusivas*». Sin embargo, la CNMC no parece terminar de apreciar que puede serlo también (y legalmente prohibida) la que refleje la penalización del art. 38 del RD 1434/2002. La CNMC sólo exterioriza (pp. 72 y 73) su «duda» relacionada con esas penalizaciones, a pesar de que se centra prácticamente sólo en la del art. 4.5º RD 1435/2002. Por tanto, se supone que tendría aún más dudas al respecto, si también

final en el que los consumidores deben enfrentarse a la exigencia de su cobro. La velada pretensión de serle exhibida su liquidación, como una pretendida condición previa para permitirles regresar al mercado regulado de contratación del suministro, aflora al comprobar que su pago se exige sólo por tener derecho a contratar en ese mercado regulado. Aunque el art. 38 guarde un llamativo silencio al respecto, cabe preguntarse si a esos consumidores se les exigiría una misma penalización, si extinguiesen de forma anticipada el contrato para volver a contratar el suministro en el mercado libre⁸⁰, al no exigírsele a los consumidores sin derecho a contratar en el mercado regulado y que extingan de forma anticipada el contrato. Se persigue transformar el pago de esa penalización, en una implícita condición limitativa de la contratación en el mercado regulado. La cuestión analizada trasciende incluso a la valoración de si es o no contraria a la normativa de protección de los consumidores esa penalización, al ser susceptible de alterar las reglas de la libre competencia en ambos mercados de contratación, como se ha indicado. Por ello, lo que se expondrá a continuación, es aplicable a los supuestos de pretendido cobro de una penalización por extinción anticipada de los contratos de suministro de gas y aunque esta penalización llegase a ajustarse a las exigencias de esa normativa de los consumidores y usuarios.

El art. 38 del RD 1434/2002 no se plantea ni aborda esta específica situación (si el pago de su penalización puede ser una implícita condición de tránsito al mercado regulado), aunque sí lo hace el RD-Ley 18/2022, 18 octubre, que introduce en él mismo la penalización analizada. En concreto, lo contempla con ocasión de describir los requisitos que exige para operar el acceso a la contratación de una Tarifa de último Recurso (TUR) por comunidades de propietarios con sistema central de calefacción.

analizase la penalización del art. 38 RD 1434/2002. La CNMC termina admitiendo que: «Queda claro que el objetivo de esta normativa es que no se cobren penalizaciones una vez cumplido un año de permanencia con un mismo comercializador...». —p. 73-. A *sensu contrario*, lo que consideramos que parece aún más claro, es el objetivo de esta normativa de facilitar el cobro casi siempre de una penalización antes de cumplido un año de permanencia (en terminología más propia del art. 62.5º TRLGDCU). Sorprende que la CNMC no haya detectado que nada tiene que ver la penalización por la extinción anticipada del contrato de suministro eléctrico y la del contrato de suministro de gas, ni vislumbrado ninguna colisión entre esa normativa y la propia de protección de los consumidores. La sorpresa se intensifica, ya que, tanto las Directivas de gas como las de electricidad, le encomiendan a la CNMC (como Autoridad reguladora) el objetivo de «contribuir a garantizar un elevado nivel de protección del consumidor, así como la efectividad y aplicación de las medidas de protección de los consumidores». (art. 36 g) Directiva 2009/72, de 13 julio y art. 40 g) Directiva 2009/73, de 13 julio, art. 58 h) y 59.1º r) Directiva 2019/944, de 5 junio y art. 77 g) Directiva 2024/1788, de 13 junio).

⁸⁰ Según el art. 45.4º RD 1434/2002 «El cambio del suministro a tarifas al mercado liberalizado *no supondrá el reconocimiento de ningún coste para el consumidor ni para la empresa comercializadora. La factura de liquidación del suministro incluirá exclusivamente los importes correspondientes al suministro hasta la fecha del cambio...*». Por tanto, comprobamos cómo todo son facilidades económicas para pasar los consumidores a contratar en el mercado liberalizado. Es decir, justo todo lo contrario de lo que se regula para penalizar su diferente tránsito del mercado libre al regulado (art. 38 RD 1434/2002).

El art. 2.2º a) del RD-ley 18/2002⁸¹ lo que pretendía (aunque lo terminará eliminando después el RDL 4/2024, de 26 junio) es que la liquidación previa de un no discrepante endeudamiento a favor de la comercializadora en el mercado libre, operase como una pretendida causa de denegación del derecho a contratar la TUR, a pesar de no poder realmente serlo. En el caso de ese art. 38 tal endeudamiento podría generarse, de una forma ciertamente artificiosa, con la facturación pendiente de pago y con el cobro pretendido de la penalización, que prevé por la específica extinción anticipada del contrato a la que se refiere⁸².

Si desde la analizada perspectiva del Derecho de consumo la posibilidad de reclamar la penalización del art. 38 RD 1434/2002 parece descartada, nuevos argumentos también conectados a la regulación sectorial en la que surge, vienen a sumarse para determinar su imposible carácter condicionante de la contratación del suministro de gas en el mercado regulado. En este sentido, ningún otro precepto distinto al art. 38 prevé a lo largo del RD 1434/2002 la posibilidad de relacionar la contratación del suministro de gas en el mercado regulado (con una distribuidora)⁸³, con la incidencia de un impago habido en el mercado libre (con una comercializadora), como puede ser el caso de la penalización analizada. Lo que sí existen son otros artículos de ese RD 1434/2002, que parecen entrar en colisión directa con lo que sería una pretensión de establecer el abono de esa penalización, como una condición de acceso al mercado regulado⁸⁴.

⁸¹ Para un examen detallado de las pretendidas condiciones de contratación del suministro por esas comunidades de propietarios, ROMEO BLANCO, Manuel. «La nueva TUR para las comunidades de propietarios con sistema térmico central: ¿una medida de reforzada protección o la confirmación de una desprotección?». *Anales de Derecho*. UMU, vol. 41, 2024, pp. 207-249.

⁸² En el caso del art. 38 RD 1434/2002, se trata de consumidores con derecho a contratar en el mercado regulado, tal y como lo explicita ese art. 38. Si en este último caso se pretende crear una anómala interdependencia económica entre el pago de un (imposible) endeudamiento (por contrario a la normativa de los consumidores) y la posibilidad de contratación del suministro en el mercado regulado, en realidad, estaremos ante una práctica limitativa del ejercicio de un preexistente derecho a contratarla en ese mercado (abusiva ex art. 86 TRLGDCU) y no ante sólo la exigencia de liquidar tal endeudamiento para otorgar ese derecho, aunque compartiría un similar carácter anómalo.

⁸³ El art. 10. 3º b) y el 32.1º RD 1434/2002 establecen la obligación de las distribuidoras «de efectuar el suministro a tarifa» en el mercado regulado. Por ello, con el art. 38 RD 1434/2002 parece entrar en un (aparente) conflicto interno, la pretensión de una comercializadora de percibir el cobro de su penalización (para dificultar la extinción anticipada del contrato en el mercado libre) y el cumplimiento de esa obligación de las distribuidoras de prestar el servicio de suministro en el mercado regulado.

⁸⁴ El art. 32.3º RD 1434/2002 viene a descartar que el pago de la penalización de su art. 38 pueda ser una verdadera condición para contratar una TUR en el mercado regulado: «Las empresas distribuidoras podrán negar el suministro a aquellos consumidores *que hayan sido declarados deudores por sentencia judicial firme de cualquier empresa distribuidora* por alguno de los conceptos incluidos en el presente Real Decreto, siempre que no justificara el pago de dicha deuda». Es decir, que sólo se contempla como

Queda así clarificado, que a los consumidores «con derecho a acogerse a una TUR» no puede impedírsele el tránsito a su contratación, por alguna incidencia económica habida con la comercializadora del mercado libre, al no preverse ni siquiera la condena judicial firme al pago de la penalización del art. 38, como una posible «excepción» a la obligación de las suministradoras del mercado regulado de contratar esa TUR ex art. 32.1º RD 1434/2002. A pesar de ello, el art. 38 RD 1434/2002 parece seguir transmitiendo una apariencia engañosa en un sentido contrario, al subrayar que tal penalización se exigirá, precisa y exclusivamente, a esos consumidores que deseen regresar al mercado regulado de contratación del suministro para contratar una TUR.

Llegados a este punto, debe precisarse que la reclamación de la penalización del art. 38 RD 1434/2002, al no poder interferir de ninguna forma negativa en la contratación del suministro en el mercado regulado, queda reducida a ser una estricta reclamación civil de cantidad entre los consumidores afectados y la respectiva comercializadora: 1.- Siempre que tal empresa pretenda su cobro al solicitar la extinción anticipada de sus contratos de suministro en el mercado libre y sin poder acreditar ningún «daño efectivamente causado» con la misma y 2.- Siempre que lo que persiga cobrar con tal penalización sean «cantidades por servicios no prestados efectivamente». De ahí, que adquiera una renovada relevancia, el hecho de que los consumidores y usuarios conozcan todos los argumentos que pone a su disposición su propia normativa de protección, para poder traerlos a colación a los efectos de poder rechazar y de defenderse, ante la eventual pretensión de cobro de esa penalización por las comercializadoras del suministro de gas en el mercado libre de su contratación⁸⁵.

una posible excepción de la obligación de las distribuidoras de contratar una TUR, la condena firme al pago de una deuda previa contraída con otra distribuidora en ese mismo mercado regulado. Por tanto, no por la pretendida deuda que se contrajese con una empresa comercializadora en el mercado libre (como la conectada a la penalización del art. 38 RD 1434/2002). A su vez, el art. 47. 2º c) de ese mismo RD 1434/2002 al regular las condiciones para operar el «cambio de un consumidor del mercado liberalizado al regulado» establece que: «*Para el resto de los consumidores no se establecen condiciones previas*». Entre ese «resto de consumidores» se encuentran los afectados por el pretendido cobro de una comercializadora del mercado libre de la penalización del art. 38 RD 1434/2002. En consecuencia, la exigencia de la liquidación de su penalización en el mercado libre, no puede ser una condición previa para regresar los consumidores y usuarios al mercado regulado de contratación del suministro de gas.

⁸⁵ Resulta poco previsible que pueda obtenerse una condena judicial firme al pago de una penalización, si contraviene el nivel de protección mínima del TRLGDCU. Por ello, sólo puede intentarse su cobro prevaleándose del desconocimiento (que favorece el art. 38 RD 1434/2002) de esos consumidores sobre su incompatibilidad con su propia normativa de protección. La influencia del desconocimiento en el cómputo inicial de la prescripción de efectos restitutorios ya lo subraya la STS (Sala 1ª) 857/2024, de 14 junio (ECLI: ES: TS: 2024: 3076). Comenta esta sentencia ROMEO BLANCO, Manuel. «La protección...». *op cit*, pp. 581-587. También LUNA YERGA, Álvaro y SOLER GODOY, Mariola. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 junio 2024: *Dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución derivada de la nulidad de una cláusula por abusiva». *Comentarios a las sentencias de unificación de*

10.- EL DEBER DE RESTITUCIÓN DE LO COBRADO CON LA PENALIZACIÓN POR EXTINCIÓN ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO ELÉCTRICO Y DE GAS

Después de todo lo analizado, parece evidente que el cobro de la penalización a los consumidores con ocasión de la extinción anticipada durante la primera anualidad del contrato de suministro eléctrico (el derogado art. 4.5º RD 1435/2002 y actualmente vigentes arts. 18.3º, 28.3º y 30.1º h) del RD 88/2026) no está adaptada a todas las restrictivas exigencias del art. 12.2º y 3º de la Directiva 2019/944, de 5 junio. A su vez, la penalización proyectada en ese sector eléctrico ya se aparta de todas ellas y, además, implica una infracción de los arts. 62.3º y 87.5º y 6º TRLGDCU.

Por último, la pretensión del cobro de la penalización por la misma extinción anticipada del contrato de suministro de gas (art. 38 RD 1434/2002), tampoco está adaptada a ninguno de los requisitos del art. 12.3º de la Directiva 2024/1788, de 13 junio, además de también implicar una clara infracción de los arts. 62.3º, 87. 5º y 6º TRLGDCU.

Por tal motivo, las cláusulas contractuales que reflejen una penalización similar deberán ser declaradas nulas de pleno derecho y tenerse por no puestas ex art. 83 TRLGDCU. En los casos de la penalización de los contratos de suministro de gas (y en los que se llegue aplicar la aprobada para los contratos de suministro eléctrico ex RD 88/2026) no sólo no podrán dar lugar a ningún cobro a favor del empresario (si no están conectadas a daños efectivos causados al mismo), sino que deberá ser éste el que esté obligado a restituir lo que, en su caso, haya podido cobrar así como penalización, incrementado con los intereses devengados desde la fecha de su abono⁸⁶.

Siendo ello así, no deja de llamar la atención el sombrío escenario regulador de carácter sectorial vigente en nuestro Derecho interno (sobre la penalización de la extinción anticipada de los contratos de suministro eléctrico y de los de gas), por su tan escasa adaptación al respectivo Derecho comunitario del que deberían ser una transposición, así como a la normativa nacional de protección de los consumidores. No menos llamativa resulta, la generalizada ausencia de campañas informativas de asociaciones de consumidores y de la propia CNMC, encaminadas a advertir a los consumidores y usuarios de los déficits de protección de estas regulaciones sectoriales,

doctrina (civil y mercantil), 2024, Dir. Yzquierdo Tolsada, Mariano. pp. 47-63. Los autores son partidarios de una interpretación restrictiva de la solución aportada por la sentencia (sólo para nulidad por abusividad de condiciones generales), «que es la consecuencia necesaria de la aplicación de una doctrina del TJUE, de la que el Tribunal Supremo se hace eco, aunque no la comparta» (p. 59).

⁸⁶ Sobre la restitución, RUIZ ARRANZ, Antonio I. «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores». *Revista Indret*, nº 1, 2020, pp. 56-141.

así como de las posibles medidas de su defensa que siguen estando a su disposición⁸⁷. En cualquier caso, el trasfondo final que subyace es siempre la mala calidad de la regulación y su afectación negativa al principio de seguridad jurídica. Si la finalidad de la evaluación de esa regulación, tanto *ex ante* como *ex post*, es asegurar el acierto de la norma⁸⁸, al haber comprobado que éste ya no se ha logrado con la regulación de la penalización por la extinción anticipada de los contratos de suministros analizados, queda en evidencia que continúa sin activarse tal evaluación *ex post* respecto de la misma y que, en su momento, tampoco se ha activado una correcta *ex ante*. Por ello, tal y como venimos subrayando, no deja de invitar a la reflexión, por un lado, que en el año 2022 se haya regulado una penalización para la extinción anticipada de contratos de suministro de gas, tan contraria a previsiones protectoras de los consumidores y usuarios (incorporadas a la normativa protección de los consumidores ya desde el año 2006 *ex art. 12.3º LGDCU*) y, por otro, que en el año 2026 se haya aprobado recientemente una penalización para esa misma extinción de los contratos de suministro eléctrico (Real Decreto 88/2026, de 11 febrero), que vuelve a incidir en unos similares déficits de su protección, no sólo diecinueve años después de reflejarse esa misma interdicción de comportamientos de contratación en el art. 62.3º TRLGDCU, sino también más de cinco años después de haberse consolidado en nuestro Derecho interno el efecto directo (en el sector eléctrico) del art. 12.2º y 3º de la Directiva 2019/944, de 5 junio. En definitiva, estas regulaciones sectoriales de contratos a celebrar con consumidores continúan tratando de contrarrestar la proyección práctica de la protección que prevé su normativa. Son regulaciones que suelen priorizar el no perjuicio de la posición contractual de la parte empresarial, incitándola incluso a

⁸⁷ El consumidor contratante de un suministro de gas o de electricidad siempre tendrá la posibilidad de acudir a un mecanismo de resolución alternativa de litigios en materia de consumo (art. 46.1º.n) de la LSE y en el art. 57 bis. j) de la LSH). Ahora bien, lo más recomendable y prudente para el consumidor afectado por la reclamación de alguna anómala penalización, es siempre trasladar a la comercializadora un inmediato escrito argumentando una motivada discrepancia con su pago. No olvidemos que la jurisprudencia valora como intromisión ilegítima en su derecho al honor, que la empresa le trate como un moroso sin ser realmente un deudor (STS 4170/2025, de 24/09/2025, ECLI: ES: TS: 2025: 4170).

⁸⁸ Al respecto, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa M. «Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales», *R.V.A.P.*, 2020, pp. 17-73. Subraya la ausencia de «mínimos estándares de calidad y racionalidad que garanticen la eficacia de las normas», -p. 21- teniendo como consecuencia «la implantación de un sistema normativo caótico con fuertes dosis de inseguridad jurídica», -p. 50-, por falta de claridad y certeza de las normas -p. 52- y es que «la producción de normas de mala calidad atenta no solo a la seguridad jurídica sino también a la racionalidad jurídica, -p. 63-, dado que «la norma debe ser congruente con el ordenamiento jurídico vigente» -p. 64-. También, SÁNCHEZ PUENTE, Ramón, BUENO RODRÍGUEZ, Fe y GARCÍA VIDAL, Andrea. «La evaluación ex-ante. Una visión de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa». *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, Nº 907, 2019 (Ejemplar dedicado a: La mejora de la regulación), pp. 23-36

comportamientos contractuales infractores de esa normativa⁸⁹. Por supuesto, el gran perdedor de estas iniciativas reguladoras sectoriales es siempre el consumidor y el usuario, al transmitirle una confusión y un desconcierto, que le dificultan discernir entre las regulaciones de obligado cumplimiento y las que puede evitar sin riesgo de padecer su repercusión económica, tanto por colisionar con su propia normativa de protección, como por contravenir disposiciones comunitarias de las que deberían traer causa.

11. CONCLUSIONES

- La regulación sectorial de la penalización por la extinción anticipada del contrato de suministro eléctrico durante su primera anualidad (vigente hasta el RD 88/2028, de 11 febrero) no permitía cobrarla, si no se correspondía con efectivos daños causados al suministrador, limitando además su importe exigible. No obstante, seguía sin ajustarse a todos los requisitos condicionantes de su cobro de la Directiva 2019/944, de 5 junio y, en particular, a las exclusiones y restricciones de penalización de su art. 12. 2º y 3º.
- El RD 88/2026 representa un paso atrás en la protección de los consumidores domésticos y pequeñas empresas contratantes del suministro eléctrico. Con la tardía e incorrecta transposición de las exigencias de la no aplicación (art. 12.2º) y de las restricciones de aplicación (art. 12.3º) de esa penalización de la Directiva 2019/944, termina contraviniendo la normativa de protección de los consumidores. Se pretende que la contratación del peaje eléctrico 2.0 TD por los consumidores personas físicas, sea la única forma de no aplicarles tal penalización. Sin esa contratación, se les expone a padecer penalizaciones libremente acordadas, aunque no estén adaptadas a ese art. 12.2º y 3º e infrinjan prohibiciones (art. 62.3º TRLGDCU) y abusos (87.6º TRLGDCU).
- La regulación de la penalización por la extinción anticipada del contrato de suministro de gas sobreviene en el año 2022, con la engañosa apariencia de sólo incorporar la limitación anterior de cuantía de la penalización del sector eléctrico. Sin embargo, no se trata ni de la misma limitación ni penalización. En este caso, la penalización se prevé para ser cobrada en todos los casos de esa extinción, aunque no provoque daños (infracción del art. 62.3º y del art. 87.6º TRLGDCU) y el suministro no sea a precio fijo.

⁸⁹ Tales regulaciones parecen ser el resultado de haberse obviado el deber de protección prioritaria de los derechos de los consumidores y usuarios, relacionados con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado (art. 9 TRLGDCU). Participando el gas y la electricidad de ese carácter, difícilmente podría detectarse esa vocación protectora en unas regulaciones sectoriales, que permiten a unas empresas penalizar la extinción anticipada de unos contratos, sin cumplir a tal efecto los requisitos de Directivas comunitarias e infringiendo la normativa nacional de protección de los consumidores

- Además, con la concreta forma que prevé de limitar su cuantía en esos contratos de suministro de gas, incurre en otra vertiente infractora del art. 62.3º y 87.6º TRLGDCU, al perseguir el cobro directo de un porcentaje de la facturación del suministro de gas, que «no será usado o consumido de manera efectiva». Entra así en frontal colisión con la normativa de protección de los consumidores y la Directiva 2024/1788, de 13 julio, aún en plazo de transposición hasta el 5 de agosto del año 2026.
- Ambas regulaciones sectoriales incurren en un diferente déficit del nivel mínimo de protección del TRLGDCU (con infracción del art. 59.2º TRLGDCU), deviniendo por ello inaplicables a los consumidores contratantes de sus suministros las penalizaciones que prevén, siempre que no se ajusten a los parámetros del art. 62.3º y 87.6º TRLGDCU y a los requisitos del respectivo art. 12.3º de la Directivas electricidad y de la de gas.
- Las principales diferencias detectadas entre la penalización del art. 38 del RD 1434/2002 y la del (derogado) art. 4.5º del RD 1435/2002, residen en que, mientras que la primera persigue limitar la cuantía de un cobro identificado como legalmente prohibido y abusivo, la segunda sí era una «penalización máxima por los daños causados» con la extinción anticipada del contrato de suministro eléctrico.
- El importe de un cobro legalmente prohibido y/o abusivo, no deja de serlo sólo por limitar su cuantía, al ser tanto su concepto (servicios no prestados) como su importe (no equivalente a daños causados) el que le atribuye su carácter incompatible con la normativa de protección de los consumidores.
- Los consumidores contratantes de un suministro eléctrico o de un suministro gas natural, podrán rechazar toda pretensión de cobro de una penalización con ocasión de solicitar la extinción anticipada del contrato, siempre y cuando: 1.- No se predetermine a resarcir algún acreditado y efectivo daño irrogado al suministrador y 2.- Sólo pretenda materializar la exigencia de pago de un porcentaje de la facturación estimada por prestaciones futuras y que, además, nunca se llegarán a prestar.
- El ya consolidado efecto directo del art. 12 Directiva 2019/944, habilita a los «clientes domésticos» y a las «pequeñas empresas» contratantes del suministro eléctrico, para que, aunque no se acojan al peaje 2.0TD, si el precio no es fijo puedan oponerse a la inclusión en sus contratos de suministro de cláusulas libremente acordadas, sobre cargas o penalizaciones por extinguir el contrato o sus prórrogas. Si el precio es fijo, también podrán oponerse a las mismas como condicionantes de esa misma extinción,

si no se ajustan a los requisitos de la penalización del art. 12.3º Directiva 2019/944, de 5 junio, al ser éstos conciliables con los del art. 62.3º y del art. 87.6º del TRLGDCU.

- La correcta hermenéutica de la penalización del art. 4.5º RD 1435/2002 (actual art. 28.3º RD 88/2026) y del art. 38 RD 1434/2002 exige: 1 Que tan sólo sea un parámetro de cálculo de la cuantía máxima susceptible de cobro por una extinción anticipada de sus contratos de suministro, de existir daños efectivos y ser superiores a ese límite. 2. Si son inferiores, habrá que ajustar la cuantía de esa penalización a los mismos. 3. Si no existen, no podrá reclamarse ni cobrarse ningún importe como tal penalización.

- La reclamación del cobro de estas penalizaciones, ante todo, es un efecto civil interno de la contratación del suministro de electricidad y del de gas. Los consumidores pueden trasladar su discrepancia escrita en relación con su abono, si consideran que no han causado daño alguno con la extinción anticipada del contrato o que han irrogado un daño inferior a la penalización reclamada. De ser necesario, interesar la declaración de nulidad de la cláusula del contrato que la incluya, así como la restitución con intereses devengados de lo que, en su caso, se les hubiera podido cobrar con la misma.

- El pago efectivo de la penalización del art. 38 RD 1434/2002 no es una condición limitativa de la contratación del suministro de gas en el mercado regulado, al no ser un elemento constitutivo del derecho a contratar en él mismo. Las empresas deben atender las solicitudes de los consumidores de contratar el suministro de gas, aunque éstos tengan sin liquidar reclamaciones de alguna comercializadora, relacionadas con incidencias económicas habidas en la contratación del gas en el mercado libre.

12. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa M. «Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales», *R.V.A.P.*, 2020, pp. 17-73.

ÁLVAREZ MORENO, María T. *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (Normas imperativas y pactos al respecto)*. Edit. Reus, 2015.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio.

- «El concepto de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español. Aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº. 1, 2011, pp. 84-117
- «Comentarios al art. 59 TRLGDCU», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (Dir. Cámara Lapuente, Sergio), Edit. Colex. 2011, pp. 475-483.
- «Comentarios al art. 62 TRLGDCU», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (Dir. Cámara Lapuente, Sergio), Edit. Colex. 2011, pp. 537-562.

CORDERO LOBATO, Encarnación. «¿Protección sectorial y protección consumerista general? de minimis y de maximis. Sobre la reforma del artículo. 59.2º del TRLGDCU». *Revista CESCO*, nº. 9, 2014, pp. 1-8. (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).

CRiado CASTILA, Juan F. «Proporcionalidad y cláusulas abusivas. El principio de proporcionalidad como criterio para definir la abusividad de las condiciones generales de contratación». *Tesis doctoral*. Llamas Pombo, E, (dir). Universidad de Salamanca, 2022, pp. 1-850. Acceso abierto TESEO, GREDOS.

ERBETTA MATTIG, Andrés. «Ensayo sobre la carga de la prueba del incumplimiento contractual en la ley sobre Protección de los derechos de los Consumidores». *Revista de Derecho*, vol. 31, nº 2, 2018, pp. 53-69.

ESTOA PÉREZ, Abel. «Novedades en la protección de los consumidores de electricidad». *Revista de administración pública*, nº 193, 2014, pp. 375-406.

GARCÍA HUAYAMA, Juan C. «Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante». *Revista Derecho y Cambio Social*, nº 58, 2019, pp. 188-224 (www.derechocambiosocial.com).

GARCÍA VICENTE, José R. y LÓPEZ MAZA, Sebastián.

- «Comentarios al artículo 59 TRLGDCU». *Comentario al TRLGDCU y otras Leyes Complementarias*, Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Aranzadi, 2015, pp. 783-791.
- «Comentarios al artículo 62 TRLGDCU». *Comentarios al TRLGDCU y otras Leyes Complementarias*. Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2015, pp. 878-886.

GONZÁLEZ NAVARRO, Blas A. «El contrato de suministro ante la insolvencia: reestructuración empresarial y concurso de acreedores». *Revista Lex Mercatoria*, vol. nº 22, 2022, pp. 1-59.

GONZÁLEZ PACAKOWSKA, Isabel. «Comentarios al artículo 85.4º TRLGDCU», *Comentarios al TRLGDCU y otras leyes complementarias*, Coord. Bercovitz Rodríguez- Cano, Rodrigo. (coord.), Aranzadi, 2009, pp. 1210 y 1.211.

GRIMALT SERVERA, Pedro. «Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio». *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Dir. Carrasco Perera, A, t. I, 2013, Aranzadi, pp. 129-139.

HERRERO URTUETA, Eduardo. «La ruptura del equilibrio contractual: hacia una tendencia común desde diferentes derechos nacionales». *REDUR*, 2021, pp. 87-107.

LÓPEZ MAS, Pedro J. *Configuración actual del lucro cesante: su apreciación jurisprudencial y análisis de los criterios para su determinación judicial*. Tesis doctoral. Dir. Moreno Martínez, Juan A, López Richart, Julián (Codir.) Universidad de Alicante (2021). Tesis en acceso abierto en: RUA.

LUNA YERGA, Álvaro y SOLER GODOY, Mariola. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 junio 2024: *Dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución derivada de la nulidad de una cláusula por abusiva». *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Dir. Yzquierdo Tolsada, Mariano, 2024, pp. 47-63.

MENDOZA LOSANA, Ana I. «Novedades en los contratos de suministro de gas en el mercado libre: duración, permanencia y contratos vinculados», *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudio de Consumo*, UCLM, 2023, pp. 1-8.

MORA SANGUINETTI, Juan S. y SOLER, Isabel. «La regulación sectorial en España. Resultados cuantitativos». *Documentos de trabajo* nº 2202. Banco de España, Euro-sistema, 2022, pp. 1-30.

MUNITA MARAMBIO, Renzo. «Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: Una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil». *Latin American Legal Studies*, vol. 8, nº 1, 2021, pp. 174-206.

PASQUAU LIAÑO, Miguel. «La protección de los consumidores y Código civil: ¿Integración o distinción?» *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España: incluye la propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos* / coord. Albiez Dohrmann, Klaus J, Palazón Garrido, María L, Méndez Serrano, María del M, 2011, pp. 485-508.

RODRÍGUEZ TAPIA, José M. «Sobre la cláusula penal en el Código civil», *ADC*, 1993, pp. 511-588.

ROJO TORRECILLA, Eduardo. «¿Hay que justificar la extinción de un contrato de duración determinada?: Sentencia comentada: TJUE, 20 de febrero de 2024, asunto C-715/20» *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 113, 2024.

ROMEO BLANCO, Manuel

- «La nueva TUR para las Comunidades de propietarios con sistema térmico central: ¿una medida de reforzada protección o la confirmación de una desprotección?». *Anales de Derecho*. Univ. Murcia, vol. 41, 2024, pp. 207-249.
- «La protección de los consumidores y usuarios en la contratación de instalaciones receptoras de gas en edificios en régimen de propiedad horizontal». *Tesis doctoral*. HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano C y DÍAZ MARTÍNEZ, Ana. (Dirs.). Universidad de Murcia. Acceso abierto DIGITUM, 2025, pp. 1-664.

RUIZ ARRANZ, Antonio. I. «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores». *INDRET*, nº 1, 2020, pp. 56-141.

SÁNCHEZ PUENTE, Ramón, BUENO RODRÍGUEZ, Fe y GARCÍA VIDAL, Andrea. «La evaluación ex-ante. Una visión de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa». *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, nº 907, 2019 (Ejemplar dedicado a: La mejora de la regulación), pp. 23-36

SANCHO REBULLIDA, Francisco de A. «La causa como elemento de la relación obligatoria». *Estudios de Derecho Civil I*, Edit. Universidad de Navarra, 1978, pp. 147-62.

TOLOSA VILLABONA, Luis A. «De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo». *Estudios Socio-Jurídicos*, 19(2), 2017, pp. 13-61.

TRONCOSO BUITRAGO, María. I y HERNÁN CUELLAR DURÁN, Luis. «Responsabilidad por reticencia en suministro de información al consumidor». *Revista e-mercatoria*, vol. 22, 2023, pp. 407-430.

YÁÑEZ VELASCO, Igor. «La resolución unilateral extrajudicial de los contratos de tracto sucesivo: arrendamientos de servicio, mandato, arrendamiento de negocio o industria». *Actualidad Civil*, 2015, pp. 94-105.

Fecha de recepción: 12.02.2026

Fecha de aceptación: 03.07.2026