

# Las cláusulas abusivas en el comercio electrónico





## **ÍNDICE**

|  | <b>Pág.</b> |
|--|-------------|
| <b>I. OBJETO Y CONTENIDO DEL INFORME</b>   | <b>2</b>    |
| <b>II. METODOLOGÍA Y NORMATIVA APLICABLE</b>   | <b>4</b>    |
| <b>III. RESUMEN Y CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS<br/>CON POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO</b>                                      | <b>20</b>   |
| <b>IV. CONCLUSIONES</b>  | <b>30</b>   |
| <b>ANEXO. EXAMEN INDIVIDUALIZADO DE LAS<br/>CONDICIONES GENERALES Y LAS CLÁUSULAS<br/>CON POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO</b> | <b>33</b>   |

**CECU. Noviembre de 2007.**

## **I. OBJETO Y CONTENIDO DEL PRESENTE INFORME.**

La contratación electrónica, a pesar de la novedad implícita en tal fórmula, tiene incluso cabida legal en el propio Código civil, aprobado en el año 1889, desde que este cuerpo legal no exige forma especial para los contratos que no deban constar en escritura pública. Por su parte, el formato de la contratación electrónica nace con la expansión y generalización de Internet y el correo electrónico, como una nueva forma de negocio que aprovecha, por un lado, el ahorro de costes que se deriva de la venta a distancia y, por otro, la comodidad que se ofrece al consumidor de adquirir bienes o contratar servicios desde un puesto de acceso a Internet (su casa, lugar de trabajo, etc.), sin necesidad de desplazarse a la tienda, agencia de viajes, terminal de transportes u otros establecimientos de venta física.

Esta facilidad ha generado, no podía ser de otra manera, un auge en el comercio electrónico cuyo sector, al igual que sucede con el comercio tradicional, ha hecho uso de las condiciones generales de la contratación para facilitar y regular las operaciones en masa que realizan; en este caso, las ventas o contrataciones conseguidas vías Internet.

Es de reseñar que el mero uso de condicionados generales para la contratación no es una práctica en sí misma abusiva, pues regula y dota de un contenido jurídico a una multiplicidad de operaciones que, de otro modo, quedarían amparadas por el derecho dispositivo. Sin embargo, al ser documentos unilateralmente preparados por las empresas, a través de sus servicios jurídicos, consultoras u otros profesionales especializados, van a dotar a dichos condicionados de una posición favorable para la empresa que los predispone; y si tal predisposición es tal que vulnera algún derecho del consumidor en los términos legalmente previstos, incurrimos en las llamadas cláusulas abusivas con las consecuencias que la Ley prevé para tal institución.

Por otro lado, cierto es que, como se verá a continuación, existe un complejo entramado jurídico que regula tanto las condiciones generales como las

cláusulas abusivas cuando dichas condiciones sean usadas con los consumidores. Y detrás de este reconocimiento legal existe, como circunstancia teleológica, una realidad que viene a confirmar la existencia (más o menos generalizada) de las cláusulas abusivas. Tal es así que la Resolución de 12 de julio de 2007, del Instituto Nacional del Consumo, por la que se convocan subvenciones a las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal, destinadas a promover el asociacionismo de consumo y a la realización de actividades de información, defensa y protección de los derechos de los consumidores, para el ejercicio 2007, reconoce como prioritarios los programas destinados a «realizar un seguimiento y análisis de las condiciones generales utilizadas en la contratación con los consumidores, en particular en relación con los contratos de compraventa de vivienda, servicios financieros, servicios de interés general y contratación electrónica [art. 2.d)]».

En este contexto, el presente informe tiene por objeto analizar las condiciones generales que proponen una serie de empresas en su contratación electrónica, al objeto de determinar la existencia de posibles cláusulas con carácter abusivo. Tanto el procedimiento de selección de las empresas como la metodología empleada para ejecutar el proyecto vienen explicados en el apartado siguiente. El informe contiene, como anexo, un detallado análisis de aquellas cláusulas cuyo contenido puede contener alguna abusividad; e incluye un apartado relativo a las conclusiones donde se ofrece el resultado y consideraciones procedentes tras el trabajo de análisis.

## **II. METODOLOGÍA Y NORMATIVA APLICABLE.**

El análisis de los condicionados del presente estudio se ha hecho desde un punto de vista jurídico, teniendo en cuenta tanto la normativa relativa a las condiciones generales como la normativa específica de protección al consumidor, además de la que resultara de aplicación a la materia de contratación específica (viajes combinados, telecomunicaciones, garantía de productos, etc.).

Asimismo, este estudio se centra en examinar las condiciones generales de la contratación ofrecidas al consumidor. No se ha atendido ni analizado la obligación previa de información a éste por parte del profesional o vendedor, toda vez que dicha información previa u otros requisitos formales (como la relativa al documento de revocación) pueden encontrarse en lugar distinto a las condiciones generales de la contratación que utilice el profesional.

Para la elaboración de este estudio se ha partido de la siguiente normativa:

–Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; en especial el Libro segundo, Título II, Capítulo II (artículos 82 y siguientes) que regulan las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas. Estos artículos sustituyen el art. 10, 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

Dentro del Real Decreto Legislativo se ha tenido, además, especial consideración a los siguientes apartados:

- El Título III del Libro II, relativo a los contratos celebrados a distancia (artículos 92 y siguientes), que viene a sustituir la anterior regulación de los artículos 38 y siguientes de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista

(parcialmente derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007).

- El Libro IV, relativo a los viajes combinados (artículos 150 y siguientes), que sustituye a la ley derogada 21/95, de 6 de julio, de Viajes Combinados.
- El Capítulo II del Título I del Libro II, sobre el derecho de desistimiento (art. 68 a 79, ambos inclusive).
- El Libro Tercero (artículos 128 a 148, ambos inclusive), que sustituye al capítulo VIII de la Ley 26/1984 y a la derogada Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos.
- El Título V del Libro II (artículo 114 y siguientes) sobre «garantías y servicios postventa» que sustituye a la derogada Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías de Venta de Bienes Muebles.

De forma adicional al reciente Real Decreto Legislativo, se ha tenido en cuenta la siguiente normativa:

- Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.
- Orden Ministerial de 14 de abril de 1988 por la que se aprueban las normas reguladoras de las agencias de viajes.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, artículos 23 y siguientes.
- Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.
- Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios

- Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Esta normativa es consecuencia de la proclamación de los derechos del consumidor del art. 51 de la Constitución Española, que ha llevado a cabo una actividad legislativa que se preocupa por el consumidor en el ámbito del Derecho público y privado. Dicho artículo prevé lo siguiente:

- «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.
3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.»

En el ámbito comunitario, ya se promulga la protección de los derechos del consumidor en el Tratado de la Unión Europea, cuyo art. 129.A dispone:

- «1. La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante: a) medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior; b) acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.



2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión».

Ello ha llevado, igualmente, a una gran actividad legislativa en el ámbito de la Unión Europea, con la adopción de directivas como las que siguen: Directiva 79/581/CEE, del Consejo, de 19 de junio de 1979, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos alimenticios; Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo; Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos; Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 2002, sobre la Estrategia en materia de política de los consumidores en la Comunidad (2002-2006) (2003/C 11/01); Resolución del Consejo de 26 y 27 de Marzo de 2003, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La educación de los consumidores » (2003/C 133/01).

La que interesa al objeto del presente estudio es la Directiva 93/13/CEE, transpuesta por primera vez en el ordenamiento español a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

La regulación de las condiciones abusivas aparece principalmente en el Capítulo II, del Título II del Libro II del Real Decreto Legislativo 1/2007 (arts. 82 y siguientes). No obstante, se tendrá en cuenta para la elaboración de este informe la regulación específica para determinados contratos contenida en dicho Real Decreto y normativa sectorial a la que se ha hecho referencia anteriormente, toda vez que en ella se contienen derechos reconocidos a los consumidores en materia contractual en distintos sectores y dado que cualquier condición que suponga una renuncia o limitación de los mismos puede calificarse de abusiva.

Merece transcribir el artículo 82 de la nueva norma:

«Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,

- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.»

Este artículo sustituye al anterior 10 bis de la Ley 26/84, de 19 de julio, e introduce la clasificación de los grupos de las cláusulas que en todo caso se considerarán abusivas y que se desarrollan en los artículos 85 y siguientes. Estos artículos, que también se transcriben a continuación, contienen la lista que aparecía en la disposición adicional primera de la predecesora ley:

«Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. [Apartados 1 a 8 de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio.]

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida.
2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.
3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

4. Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculten a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato.

5. Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aún cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones.

6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

7. Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme.

8. Las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario.

9. Las cláusulas que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

10. Las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a

resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio.

11. Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

Artículo 86. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario. [Apartados 9 a 14 de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio.]

En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.

2. La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél.

3. La liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

4. La privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación.

5. La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario.

6. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación.

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. [Apartados 15 a 17 bis de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio.]

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

1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.
2. La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario.
3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad.
4. La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato.
5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado.

6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono

de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Artículo 88. Cláusulas abusivas sobre garantías. [Apartados 18 a 19 bis de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio.]

En todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan:

1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

2. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

3. La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia.

Artículo 89. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. [Apartados 20 a 26 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio.]

En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

- b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.
  - c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.
  - d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.
4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.
  5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.
  6. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.
  7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.
  8. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

Artículo 90. Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable. [Apartado 27 de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio.]

Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan:

1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.
2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble.



3. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.»

En primer lugar es conveniente distinguir tres conceptos: «condiciones generales», «cláusulas predispuestas» y «cláusulas o prácticas abusivas». Las primeras son las redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Las «cláusulas predispuestas» con aquéllas cuya incorporación al contrato viene impuesta por una de las partes. La predisposición contractual puede darse tanto en cláusulas generales como particulares o negociadas individualmente; es en el primer caso cuando se habla de «condiciones generales de la contratación». Por último, son «cláusulas o prácticas abusivas» las que producen un desequilibrio importante entre las prestaciones derivadas del contrato, de manera que uno de los contratantes obtiene una posición de ventaja a costa o detrimento de otro, en contra de las exigencias de la buena fe.

Asimismo, conviene recordar que la legislación sobre cláusulas abusivas es únicamente aplicable a las relaciones entre profesionales y consumidores, no entre particulares ni entre empresas (aunque una de ellas sea quien predisponga su condicionado general).

Como se desprende del propio tenor del art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (en adelante, RDL 1/2007), como regla general tienen carácter abusivo aquellas cláusulas que presenten los siguientes caracteres cumulativos o simultáneos: 1) que aparezcan en un contrato en el que intervenga un consumidor; 2) que no vengán negociadas individualmente, ya porque sean condiciones generales (en sentido estricto, vista la definición antes mencionada) o estipulaciones predispuestas en un contrato particular; 3) contravención de la buena fe; 4) desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones y contraprestaciones que se establecen para las partes; 4) perjuicio para el consumidor derivado de tal desequilibrio.

El apartado 4 del artículo 82 prevé los primeros grupos de cláusulas que por sus características o contenido (según su enunciado) se consideran abusivas. Estos grupos incluyen las cláusulas descritas en los artículos 85 y siguientes que han sido transcritos. Esta lista sustituye a la prevista en la anterior derogada disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio. Esta lista es de carácter taxativo al decir «en todo caso», y los Jueces siempre han de declarar nulas las cláusulas contenidas en ella. Dichas cláusulas gozan de la presunción «iure et de iure» de abusivas.

Sin embargo, si bien la lista es taxativa, ello no significa que sea cerrada, sino que de darse en una cláusula los requisitos antes citados (los recogidos en el art. 82.1) y así valorarlo un Juez, podrá declararse su nulidad. Ésta es la consecuencia de la calificación de una cláusula como abusiva. Así lo prevé el artículo 83 del RDL 1/2007, que sustituye al apartado segundo del art. 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio:

«Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato.

1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.»

Por último, debe distinguirse la nulidad de una cláusula por contener los requisitos, características y contenido ya vistos, con la no incorporación de una condición general al contrato. El art. 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación establece:

«Artículo 5. Requisitos de incorporación.

1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

2. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

3. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.»

De no cumplirse estos requisitos, conforme al art. 7 del mismo cuerpo legal, las condiciones no quedarán incorporadas al contrato; la nulidad, sin embargo, se da en las cláusulas incorporadas al contrato.

La propia Ley 7/1998 prevé en el art. 8 la nulidad de las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la Ley

o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un, efecto distinto para el caso de contravención. En particular, dicho artículo prevé la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, «entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». Este artículo de la Ley 7/1998 no ha sido modificado por el RDL 1/2007; sin embargo, vista la derogación que se ha producido de la Ley 26/1984 tras la promulgación del RDL 1/2007 (que entró en vigor el uno de diciembre de 2007) la remisión que hace ese art. 8 de la Ley 7/1998 ha de entenderse efectuada al RDL 1/2007, en concreto, a sus art. 82 y arts. 85 a 90, ambos inclusive.

Por lo que se refiere a las empresas cuyas condiciones generales han sido analizadas, se ha hecho una clasificación según estuviesen o no asociadas a la principal organización empresarial del sector del comercio electrónico, la Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AECEM, en [www.aecem.org](http://www.aecem.org)), tras la agrupación, primero de la Asociación Española de Comercio Electrónico con la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo, y segundo, de la fusión entre éstas y la Asociación Española de Marketing Relacional. Del total de 20 condicionados generales correspondientes a otras tantas empresas, 9 pertenecen a empresas asociadas a la AECEM. 4 de ellas son del sector de las telecomunicaciones, 7 de la gran distribución y electrónica, 4 de venta de libros y 5 de empresas dedicadas al transporte y agencias de viajes.

En cuanto a los sectores, se ha utilizado una proporción similar al grado de implantación sectorial que tiene el comercio electrónico entre los compradores españoles, donde el transporte copa el 31,7 % de las compras, seguido de los libros (14,4 %) y la electrónica (10,6 %). Adicionalmente, se ha querido examinar las condiciones generales de los servicios de acceso a Internet, toda que vez que, además de estar disponibles al público desde este propio medio, viene a ser la vía a través de la cual el oferente traslada la oferta y consiente el demandante. De igual modo, se ha pretendido que

entre las empresas seleccionadas se encuentren las que sean suficientemente representativas de su respectivo sector de actividad.

### **III. RESUMEN Y CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS CON POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO.**

Una vez examinados los condicionados generales de las veinte empresas seleccionadas para el estudio, se ha optado por una clasificación de las cláusulas abusivas en función del motivo de reproche:

**1. Sobre la incorporación de las condiciones generales a la relación contractual.** Para que las condiciones generales se consideren incorporadas a la relación contractual es necesario el cumplimiento de los requisitos y elementos previstos en el art. 5 de la Ley 7/1998 de 13 de abril. En otro caso, no se considerarán incorporadas de conformidad con lo dispuesto en el art. 7 del mismo cuerpo legal. El art. 5 enumera: aceptación por parte del adherente/consumidor; firma de las condiciones por todos los contratantes; referencia en el contrato a la incorporación de las condiciones generales; información de su existencia y puesta a disposición de un ejemplar; cuando el contrato no deba formalizarse por escrito para entenderlas aceptadas e incorporadas al contrato ha de anunciarse las condiciones en lugar visible dentro del lugar en que se celebre el negocio, que se inserten en la documentación del contrato que acompaña a su celebración o que de cualquier otra forma se garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido al momento de la celebración; además, en el caso de contratación electrónica, es necesario que se acepten todas y cada una de las cláusulas del contrato (en los términos reglamentariamente previstos), sin necesidad de firma convencional y en este supuesto se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada donde constarán todos los términos de la misma (en términos similares se ha redactado el párrafo segundo del apartado b) del art. 80.1 del RD 1/2007). En los condicionados de algunas empresas el mero uso del portal, la navegación por la web o el hecho de efectuar el pedido comportan aceptación e incorporación de las condiciones generales al contrato. En otros, se remiten a condicionados que no se entregan al consumidor o a normas que no se entregan con éstas

(como códigos de conducta del sector). Estos supuestos son contrarios al artículo mencionado.

**\_. Existencia de un desequilibrio en las contraprestaciones.** El art. 82.1 RDL 1/2007 dispone que «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.» Como ejemplo ante este desequilibrio, encontramos cláusulas que, ante un incumplimiento por parte del consumidor, prevén la resolución del contrato de una manera rápida y fácil, frente a la que se prevé para el consumidor, más gravosa, en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del vendedor. Otro caso es el supuesto de modificación unilateral que puede comunicarse por medio de página web y no directamente al consumidor y éste, que ante la modificación puede resolver el contrato, deba dirigirse en la forma y condiciones que le especifican más gravosas para ejercer su derecho de resolución.

Es, asimismo, significativa la situación que se crea en la prestación del servicio de acceso ADSL a Internet, al ser frecuente que se prevea que si el consumidor incumple se le podrá reclamar lo que reste de la primera anualidad (si es que ésta estuviera aún en curso); sin embargo, no se prevé la misma solución en caso de que sea la empresa quien incumpla su obligación de prestación de servicio.

El apartado 4 del art. 82 dispone que «No obstante, lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del

contrato o; f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable». Como el propio art. 82.4 prevé, este grupo de cláusulas se desarrollan en los artículos 85 a 90, en términos similares a los numerales de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio. Se trata de una enumeración abierta. En el examen de las condiciones generales de las veinte empresas elegidas se encuadran en la clasificación de dicho artículo y en los sucesivos los siguientes supuestos.

**\_. Limitación o renuncia de los derechos del consumidor y usuario.** El art. 86 del RDL 1/2007 desarrolla el apartado 4.b) del art. 82. Los números 1 a 6, ambos inclusive, del art. 86 califican de abusivas cláusulas que limitan o privan al consumidor y usuario de determinados derechos en ellos previstos (sustituyendo los apartados 9 a 13 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio). El artículo 86 finaliza en el apartado 7 con una previsión general que convierte en abierta la enumeración: «la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario».

Así pues, para determinar si una condición es abusiva por limitar los derechos reconocidos al consumidor, ha de acudirse no sólo al listado del art. 86, sino a los títulos del RDL 1/2007 que regulan los contratos celebrados con los consumidores en determinadas materias (viajes combinados, contratos a distancia), a los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios en la parte general del citado RDL, y a la normativa específica que afecte al sector de que se trate y que pueda incluir normativa de protección del consumidor.

**\_. Límites a la responsabilidad de la empresa.** En algunos condicionados generales de las empresas elegidas, se limita la responsabilidad de éstas a una cuantía determinada, o se exoneran irregularmente cuando se producen daños y perjuicios al consumidor. Este derecho se encontraba recogido con carácter general en el art. 25 y 28.3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (en este último se establecía como límite el de 500 millones de pesetas). En el RDL 1/2007, de 16 de noviembre [art. 8.c)], se reconoce como derecho



básico del consumidor «la indemnización de daños y la reparación de los perjuicios sufridos». Asimismo, en el apartado segundo prevé como cláusula abusiva «la exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por acción u omisión de aquél».

Conforme dice la exposición de motivos del RDL 1/2007, el Libro tercero (artículos 128 y siguientes) bajo el enunciado «Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos» viene a sustituir el capítulo VIII (artículos 25 y siguientes) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, que regulaba la materia de responsabilidades de los empresarios por daños y perjuicios causados al consumidor y a la derogada Ley 22/1994, de 6 de julio. Del art. 128 al 134, ambos inclusive, se establecen las disposiciones generales en materia de responsabilidad, reconociendo el derecho a indemnización en caso de daños y perjuicios; los arts. 135 y siguientes recogen de manera más concreta la regulación de los daños causados por los productos, y en los artículos 147 a 149, ambos inclusive, los daños producidos por otros bienes o servicios.

Es de apuntar, asimismo, que el artículo 130 prevé la ineficacia frente al perjudicado de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad civil prevista en el Libro III.

Sirva de ejemplo de condición abusiva por limitación de derecho (apartado 7 del art. 86) la condición general por la que se exonera de responsabilidad en caso de retraso no imputable directamente a la empresa o de fuerza mayor en los términos que prevé más adelante, que en algunos casos no corresponden con la definición de fuerza mayor del Derecho común.

De otro lado, la responsabilidad de las agencias de viajes viene regulada en el artículo 162 el RDL 10/2007, que sustituye al artículo 11 de la derogada Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados. Este artículo ha de tenerse en cuenta al analizar las exoneraciones de responsabilidad por parte de las agencias, que en tanto en cuanto contravengan dicho artículo serán irregulares.

Por último, en el caso de las operadoras de telecomunicaciones, la exoneración de responsabilidad es irregular, visto igualmente a la luz del art. 115 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, y del régimen del Derecho común.

**\_. Límites al derecho de desistimiento.** Son numerosos los condicionados que restringen con alguna irregularidad el derecho de desistimiento según viene configurado en sus términos legales. Este derecho se regula, con carácter general, en los artículos 68 a 79, ambos inclusive, del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, y, en lo relativo a la venta a distancia, en los artículos 101 y 102 (Título III, relativo a los contratos celebrados a distancia y que viene a sustituir a los artículos 44 y 45 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista). El propio art. 68 en su apartado tercero remite a «las disposiciones legales que lo establezcan (el derecho de desistimiento) en cada caso, y en su defecto a lo dispuesto en este Título». El art. 68 prevé que el consumidor y usuario pueden desistir del contrato sin penalización y sin necesidad de justificar su decisión en plazo previsto (que, conforme al art. 71.1 es de siete días hábiles). Este derecho (reconocido en el art. 101) puede verse limitado en las excepciones previstas en el art. 102 de la citada ley para los contratos celebrados a distancia, a saber: en contratos de suministro de bienes cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el empresario no pueda controlar; en contratos de suministro de productos confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez; en contratos de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos que hubiesen sido desprecintados por el consumidor y usuario, así como los ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente; en contratos de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas; en contratos de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor y usuario, ante de finalizar

el plazo de siete días hábiles; y en los contratos de servicios de apuestas y loterías. Cualquier otra limitación al derecho de desistimiento supone una imposición de las sancionadas por el apartado 7 del art. 86 y debe reputarse abusiva.

Así, encontramos cláusulas abusivas que condicionan la devolución (entendida como desistimiento) a su previa autorización; algunas librerías online no permiten la devolución de Grandes Obras; otras limitan el desistimiento para los «regalos» y comprobación de unos determinados requisitos; y alguna empresa de la gran distribución no admite el desistimiento en caso de los artículos vendidos como oportunidades.

**\_. Reclamación en caso de producto defectuoso.** La Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007 y viene a sustituir la regulación del Título V del Libro II, artículos 114 y siguientes bajo el enunciado «garantías y servicio postventa». Como condicionados que limitan los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios en esta materia, podemos señalar aquellos que limitan el derecho del consumidor en caso de producto defectuoso para reclamar al establecer un plazo de 30 días, menor al mínimo de dos años que prevé el art. 123, y la obligación de devolverlo en perfecto estado y en su embalaje original. En otros se limita el derecho a la reparación o sustitución (art. 118 y 119), considerando sólo la devolución; o bien se exonera de responsabilidad como vendedor, trasladándola al fabricante, lo que es contrario al art. 114 del RDL 1/2007 (anterior art. 9 de la derogada Ley 23/2003), que regula que el vendedor responde frente al consumidor y usuario.

**\_. Limitación al derecho de información al precio final.** En otras ocasiones, se restringe la información al precio final, contraviniendo lo establecido en el Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre, sobre indicación de precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios, y lo dispuesto en el art. 60.2 b), que viene a sustituir al art. 13 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (si bien éste último se encuadraba dentro del

capítulo relativo al derecho de la información y el art. 60 se encuadra en el capítulo de disposiciones generales de los contratos con los consumidores y usuarios); en términos similares aparecía en el art. 40.1.c) de la Ley 7/1996. Igualmente, algunas condiciones prevén la modificación o revisión del precio, en contra de lo dispuesto en el art. 157 del RDL 1/2007 (anterior art. 7 de la Ley 21/1995).

**\_. Limitación al derecho reconocido al consumidor de exigir lo ofertado.** El art. 61 del RDL 1/2007 recoge el derecho del consumidor y usuario a exigir lo ofertado, derecho que ya se encontraba en el art. 8 de la Ley 26/1984. El art. 61.1 y 2 dispone: «1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato». En el art. 153 del RDL 1/2007 (art. 3.2 de la derogada Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados) se prevé que la información contenida en el programa-oferta sea vinculante; a su vez, en el art. 23 de la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988, por la que se aprueban las normas reguladoras de las agencias de viajes, se establecen los criterios de utilidad, precisión y veracidad de los folletos, no pudiéndose incluir publicidad falsa o engañosa.

Algunas condiciones generales de las examinadas contravienen lo preceptuado en estos artículos, y establecen que la información suministrada de los productos es provisional; alguna agencia de viajes establece que la información sobre los productos y servicios turísticos que aparecen en la página web no podrá ser en ningún caso entendida como oferta (si el producto está en la página, se entiende ofertado y puede ser exigido por el consumidor, según el art. 61 del RDL 1/2007). Asimismo, otras agencias no

se responsabilizan de la veracidad de los contenidos o erratas de la información sobre servicios ofrecidos. De igual forma, el precio ofertado es vinculante y sujeto al dictado del artículo 61, aun cuando determinadas empresas no lo prevean así en su condicionado. Alguna empresa del sector de las telecomunicaciones no se compromete a garantizar la velocidad ofertada en las promociones y recogida en el contrato de acceso.

\_. **Limitación al derecho de reembolso del importe.** En ocasiones, se limita este derecho reconocido para los supuestos de ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor y usuario. Conforme a los arts. 73, 74 y 76 del RDL 1/2007, ejercido el derecho de desistimiento, las partes habrán de restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo establecido en los artículos 1303 y 1308 del Código civil y el consumidor y usuario tiene derecho al reembolso de las sumas abonadas.

\_. **Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato.** El art. 89 del RDL 1/2007 recoge el listado de cláusulas que se integran en el grupo de las abusivas por afectar al perfeccionamiento y ejecución del contrato [a que se refiere el apartado e) del art. 82]. En dicho listado se encuentran los supuestos que se recogían en los apartados 20 a 27 inciso último de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

\_. **Declaración de conformidad sobre hechos ficticios.** En el art. 89.1 RDL 1/2007 se recoge como cláusula abusiva «las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y la declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato» (apartado 20 de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio).

Este tipo de condiciones recogen, por ejemplo, que el cliente declara conocer y aceptar las condiciones generales con el mero uso del portal o la

simple realización del pedido, o las tarifas de precios vigentes publicados en una página web relativa al mercado de las telecomunicaciones.

**\_. Traslado al consumidor de las consecuencias de los errores de gestión.** El apartado segundo del art. 89 recoge como segunda cláusula abusiva «la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables» (apartado 21 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984). En relación con este apartado nos encontramos condiciones que pretenden imputar al consumidor las consecuencias de estos errores; así, señalando como válidas las comunicaciones realizadas a través de medios que no permiten tener constancia de su envío (como las realizadas a través de correo electrónico o la mera publicación de nuevas versiones de las condiciones generales en la página web de la empresa), eximiendo de responsabilidad a la empresa en caso de que se hayan realizado subcontrataciones del servicio o en la existencia de errores tipográficos (siendo esto último, además, contrario al derecho reconocido en el 61 del RDL 1/2007 ya analizado). En otras ocasiones, la exención de responsabilidad se refiere al caso de que un tercero acceda a los datos del cliente/consumidor, e incluso los utilice (incluso las posibles contraseñas que puedan existir) con consecuencias para éste.

**\_. Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.** En el art. 90 RDL 1/2007 se desarrolla el grupo f) del art. 82.4 del mismo RDL (apartado 27 primer inciso de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984). En el citado artículo se recoge: «Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: [...] 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble.»

Algunos condicionados prevén que la normativa o el fuero sean los españoles, lo cual puede entrar en contradicción cuando el comprador sea ciudadano de otro Estado miembro; no sólo con el artículo referido, sino

además con las previsiones del Reglamento (CE) 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre legislación aplicable a obligaciones contractuales.

En efecto, el Reglamento 44/2001 especifica, en términos generales y por lo que a nuestros efectos importa, que «la acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que tuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor». De igual modo y en lo relativo a la legislación aplicable, el Convenio de Roma (ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 19 de julio de 1993), impide que la ley elegida por las partes provoque en el consumidor la privación de las normas imperativas de protección existentes en su propio país.

En este apartado conviene destacar un único sometimiento expreso al arbitraje de consumo recogido en las condiciones generales examinadas, al permitir a sus clientes plantear sus reclamaciones ante la Junta Arbitral de Aragón; otras empresas de las examinadas sí están sometidas a este sistema, aunque no recojan este extremo en sus condiciones generales.

#### **IV. CONCLUSIONES.**

Como se ha indicado al comienzo de este informe, el interés por la prevención de las cláusulas abusivas tiene su origen, precisamente, en la constatación de su existencia. De continuo nos encontramos con sentencias que inaplican una determinada cláusula o Administraciones públicas que sancionan a una empresa por su uso; y ello viene a perjudicar al sector empresarial afectado y, principalmente, a los consumidores que, como en nuestro caso, pretenden adquirir productos o contratar servicios a través de Internet. Donde este medio se caracteriza por la agilidad en la contratación, es más fácil que las condiciones generales pasen desapercibidas o ignoradas por el comprador, encontrándose con un hipotético perjuicio en caso de que se dicho condicionado venga a ser llamado.

En el ámbito de este proyecto, se han analizado los condicionados de 20 empresas, algunas de ellas líderes de la distribución o del sector servicios donde desarrollan su actividad. La suma de todos los condicionados suma un documentos de 170 páginas. Y el resultado del análisis viene a poner de manifiesto la necesidad de incidir en las acciones de promoción de la normativa de protección del consumidor: se han encontrado 65 cláusulas cuyo contenido puede considerarse abusivo; además, se han añadido 12 comentarios que permiten, a partir de una determinada interpretación, salvar el carácter abusivo de la cláusula (son casos en los que, si bien a priori dicha condición no es ilegal, sí cabe ser interpretada en modo tal que derive en un perjuicio ilegal del derecho del consumidor; lo que se ha añadido en este informe es, precisamente, la interpretación que salvaría dicha tacha de ilegalidad).

De las 20 empresas, 4 no han incluido ninguna cláusula abusiva; en el lado contrario tenemos a la que más, con 13 cláusulas consideradas abusivas.

Estas cifras llevan a la conclusión de que, de promedio, cada contrato tiene 3,25 cláusulas que pueden sufrir reproche conforme a la perspectiva del consumidor.



De forma sistemática y para finalizar, destacamos los siguientes puntos como corolario del informe:

- En el informe que se elaboró por CECU en el año 2004, con un desarrollo similar al presente, sólo una de las veinte empresas examinadas disfrutó de la consideración de no tener ninguna cláusula abusiva en su condicionado. Reconociendo el avance producido, aún tenemos que el 80 % de las empresas examinadas tienen alguna cláusula que puede considerarse ilegal.
- Reconociendo que esta materia está sujeta a diversas interpretaciones, también es cierto que algunas cláusulas son indudablemente abusivas; es el caso de aquellas que someten el litigio a un determinado foro. Pues bien, esta realidad contrasta con la presteza que se le supone a una empresa que desarrolla su actividad en un entorno que debe conocer en profundidad.
- La cláusula más extendida es la declaración de un hecho ficticio: que por el mero uso o de haber efectuado la compra o haber navegado por el portal, se entienden incorporadas al contrato las condiciones generales. Y sabemos que tal extremo no es cierto: deben cumplirse los requisitos legales de incorporación, sin que sea, ni mucho menos, suficiente que el propio contrato diga que son de aplicación.
- Las limitaciones de responsabilidad o la modificación de la oferta son las más comunes en materia de contratación de viajes.
- Estas limitaciones de responsabilidad también son frecuentes en el marco de los servicios de telecomunicaciones, donde si bien es cierto que los importes de las posibles reclamaciones no serían elevados, también lo es que existe un sistema de

indemnizaciones legalmente tasado, sin perjuicio de las que procedan conforme a la normativa común.

- En las tiendas de venta de productos, lo más destacable, con buena coherencia, son las restricciones en materia de garantía.

Respecto de las demás cláusulas no comentadas en este estudio, sean o no de las empresas o condiciones examinadas, integradas o no en AECE, por ese sólo hecho no es motivo de su aval o confirmación de su legalidad por parte de CECU. Este informe se ha elaborado a partir del criterio jurídico de CECU y sin la posibilidad de contradicción. CECU no permite el uso publicitario de su contenido.

## **ANEXO. EXAMEN INDIVIDUALIZADO DE LAS CONDICIONES GENERALES Y LAS CLÁUSULAS CON POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO.**

### **I. EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES.**

I. 1\_. En la condición relativa al domicilio de la empresa prestadora del servicio, se establece: «Como condición esencial del Contrato, el Cliente debe ser residente en España, pudiendo [...] denegar la prestación del Servicio desde que tenga conocimiento de que el Cliente no cumple este requisito». Esta cláusula, desde el momento en que la empresa puede dejar de prestar el servicio (puede por tanto resolver el contrato desde que tenga conocimiento de que el cliente no tiene su domicilio en España y no recoge la misma posibilidad para el consumidor, es decir, que el cliente pueda resolver su contrato de prestación de servicios sin penalización alguna para él desde el momento en que la operadora pudiese cambiar de domicilio y ubicarse en el extranjero), puede implicar una vulneración a la buena fe y equilibrio que ha de existir entre ambas partes del contrato en materia de derechos y obligaciones. Al contradecir la condición la buena fe y el equilibrio en las contraprestaciones de las partes, esta cláusula puede considerarse abusiva de conformidad con lo establecido en el art. 82.1 que señala: «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»; y apartado cuarto: «No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la

prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.»

El desequilibrio que esta cláusula genera en las obligaciones de las partes tiene su origen en dos premisas. Primero, porque si bien se comprende que la operadora pretenda que sus clientes estén domiciliados en España, la resolución contractual que promueva en caso contrario no podrá generar en el consumidor ninguna penalización. Y segundo, porque no es una cláusula recíproca; el equilibrio en las obligaciones de las partes debe permitir que el consumidor, también sin penalización, pueda resolver el contrato en caso de que la operadora decida cambiar de domicilio a otro Estado; aunque tenga la posibilidad de acudir a los tribunales de España para un procedimiento declarativo, la eventual ejecución de la sentencia que consiga le exigirá su ejecución en un país extranjero (precisamente, uno de los inconvenientes que pretendería evitar la operadora en caso de que su cliente se domiciliase en el extranjero).

1.2\_. La cláusula tercera, relativa a cobertura y calidad, recoge lo siguiente: «la cobertura y calidad del servicio pueden verse alteradas por circunstancias excepcionales que imposibiliten el cumplimiento de los mínimos de Calidad». Si tales circunstancias excepcionales no vienen justificadas en motivos de fuerza mayor (lo que no dice expresamente el condicionado), la operadora no puede eximir su responsabilidad en el cumplimiento del contrato. Esta cláusula es contraria al art. 1256 del CC, cuando determina que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

En efecto, se trata de una modificación unilateral de las condiciones de prestación de servicio. En este caso, si bien se comprende que por motivos técnicos, legales o de cualquier otra índole, el servicio no pueda ser prestado en condiciones de normalidad o distintas de las iniciales, el usuario podrá resolver el contrato sin que ello le suponga el pago de indemnización o penalización alguna, o bien ser indemnizado por los daños y perjuicios que

tal situación le provoque. Recordemos, de forma adicional, que la normativa técnica reglamentaria aplicable a tales interrupciones prevé el pago de indemnizaciones automáticas (artículo 115 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios).

En la misma cláusula se recoge la «Indemnización por incumplimiento del compromiso de Calidad de Servicio. [La operadora] se compromete a indemnizar, de forma adicional, al Cliente, si éste se ve afectado por una indisponibilidad acumulada del servicio telefónico móvil disponible al público superior a siete (7) horas al mes, correspondiendo el mes al período de facturación del Cliente. El Cliente deberá comunicar a [la operadora], mediante declaración responsable dirigida al Servicio de Atención al Cliente, en el plazo de diez (10) días contados a partir del restablecimiento del Servicio, que ha estado en un área afectada por la interrupción en el momento de producirse, y dicha información no deberá ser contradictoria con la que conste en los sistemas de información de [la operadora], circunstancia esta última que deberá ser comunicada por [la operadora] al Cliente. Esta indemnización adicional se calculará y abonará al Cliente de la misma forma que la indemnización establecida por interrupción temporal del servicio telefónico móvil disponible al público.»

El Código Civil regula en los artículos 1101 y siguientes las consecuencias de la mora e incumplimiento de los contratos. En concreto, en el art. 1124 prevé al contratante que cumple su obligación en los contratos recíprocos, la posibilidad de exigir al incumplidor el cumplimiento o bien pedir la resolución del contrato, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. De otro lado, el RDL 1/2007, en los artículos 128 y siguientes, regula las garantías y responsabilidades derivadas de la prestación de servicios. Esta cláusula será abusiva por ser restrictiva a los derechos reconocidos al consumidor por ley, siempre y cuando el régimen que recoge sea excluyente del legalmente establecido; ante cualquier incumplimiento por parte de la operadora, el Cliente consumidor puede reclamar y ser indemnizado, en su

caso, en la forma prevista en el Código Civil y en el RDL 1/2007. Si bien es cierto que el art. 115 del Real Decreto 424/2005 recoge un régimen de indemnizaciones por interrupción temporal del servicio, éste no puede entenderse como excluyente del régimen general, que permite reclamar al consumidor por cuantos daños y perjuicios pueda sufrir (por supuesto, previa acreditación y cuantificación).

Debemos recordar que el art. 130 del RDL 1/2007 prevé la ineficacia frente al perjudicado de las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil prevista en el Libro III.

I. 3\_. En la cláusula cuarta relativa a Tarifas, facturación y pago se recoge: «[la operadora] comunicará la modificación de tarifas a los organismos competentes en la materia con, al menos, diez (10) días de antelación y al Cliente con un (1) mes de antelación a la entrada en vigor de la modificación. La comunicación al Cliente se podrá realizar a través de la página web de [la operadora], [...], u otro medio alternativo, y en caso de ser solicitado por el Cliente, se le comunicará tal modificación por escrito y sin gasto alguno. La continuación en la utilización del Servicio por parte del Cliente a partir de la comunicación se considerará como aceptación de la misma». El Real Decreto 424/05 de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios prevé en el art. 107 la modificación de las condiciones contractuales incluidas en el art. 105.2 siempre que se comunique con un mes de antelación, informando, al mismo tiempo del derecho al abonado a resolver anticipadamente el contrato sin penalización en caso de no aceptación de las nuevas condiciones. Se trata de una modificación sustancial de las condiciones de contratación unilateral efectuada por la operadora que da derecho a la resolución del contrato; se considera que la notificación de dicha modificación debiera hacerse por medio que asegurara su conocimiento por parte del Cliente, visto el derecho de resolución y la consideración recogida en la propia cláusula en cuanto a que su silencio supone la continuación en la utilización del Servicio conforme a las nuevas condiciones. Así pues, a la vista del texto

de la cláusula, se entiende abusivo que la comunicación de las nuevas tarifas lo pueda ser por la mera comunicación en la página web de los importes aplicables de futuro.

1.4\_. El último apartado de la cláusula cuarta dispone: «Para efectuar los pagos devengados, el Cliente podrá optar entre la domiciliación bancaria o el pago por cajeros automáticos. El impago por el Cliente de las cantidades debidas por la utilización del Servicio en la fecha en que se deba realizar el pago según factura, implicará la obligación para el Cliente de pagar un interés de demora igual al interés legal del dinero, incrementado en un dos por ciento (2%), así como los gastos ocasionados por la devolución y sin perjuicio de las demás consecuencias que pudieran derivarse de su incumplimiento, entre otras, la inclusión de sus datos en ficheros de solvencia patrimonial y de crédito». Para no calificar esta cláusula de abusiva se requiere reciprocidad para el cliente-consumidor para el supuesto de que sea la operadora quien deba un importe, por cobros indebidos por ejemplo, al cliente. La reciprocidad en las obligaciones viene dictada por el artículo 82 del RDL 1/2007.

1.5\_. Por último, en la estipulación nueve, relativa a las reclamaciones, se recoge: «El Cliente otorga plena validez a los registros almacenados en los sistemas de [la operadora] relativos a las conversaciones entre [la operadora] y el Cliente, salvo prueba en contrario». Esta cláusula es abusiva en cuanto supone declaración sobre hechos ficticios (apartado primero del art. 89 del RDL 1/2007: «las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y la declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato»). En este caso, el cliente, por la mera contratación del servicio, declara su adhesión y plena validez a registros y datos que no consta haya tenido oportunidad de conocer con anterioridad a la contratación y que no están sujetos en absoluto a posibilidad de contradicción.

I. 6\_. Otra cláusula señala que «el cliente tiene derecho a solicitar a [la operadora] la desconexión de los servicios de llamadas internacionales y de llamadas a servicios de tarificación adicional»; este derecho de desconexión se regula en el art. 113 del Real Decreto 424/2005 y en concreto, junto a las llamadas internacionales, prevé la posibilidad de que el cliente solicite la desconexión de las llamadas a servicios de tarifas superiores (en especial las de tarificación adicional), pero no sólo éstas, por lo que a la luz de la literalidad del Real Decreto 424/2005, imitar la desconexión sólo a servicios de tarificación adicional puede resultar una restricción irregular de los derechos del cliente.

I. 7\_. Una cláusula relativa al precio establece: «Serán de aplicación al tráfico de voz y datos cursado por el Cliente las cuotas y tarifas vigentes en cada momento para la modalidad contratada. El Cliente ha sido conveniente informado de las cuotas y tarifas que le serán de aplicación de conformidad con el plan de precios contratado, y que podrán ser consultadas en la pagina Web de [la operadora], [...], y a través del número de atención telefónica [...]». Es necesario recordar que la incorporación al contrato de las condiciones generales se produce con la aceptación y requisitos previstos en el art. 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación ya analizado; a saber: aceptación y firma de todas las partes, información expresa de su existencia, entrega de un ejemplar; si no se requiere contrato por escrito: anuncio en lugar visible de las condiciones, que se entreguen con el resto de documentación o se garantice una posibilidad efectiva de conocer su existencia; y en caso de contratación electrónica, no necesidad de firma convencional pero sí exigencia de constancia en los términos reglamentariamente previstos de la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, enviando inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán los términos de la misma. Asimismo, el art. 80 b) segundo párrafo recoge los elementos en caso de contratación electrónica telefónica o electrónica. De esta forma, se trata de una cláusula abusiva en cuanto a declaración sobre hechos ficticios regulada en el art. 89.1 (en este caso parte del conocimiento



de las tarifas en cada momento y del que se dice ha sido informado; sin embargo, se remite a la página web y no a las condiciones particulares, lugar idóneo donde deben constar las tarifas a que se refiere esta cláusula).

1.8\_. Otra condición se refiere a la suspensión temporal del servicio. En el punto primero se recoge: «Si el Cliente no atendiera parcial o totalmente el pago de las cantidades adeudadas, [la operadora] quedará facultada para restringir las llamadas salientes y/o suspender la prestación del Servicio. [La operadora] restablecerá el Servicio dentro del día laborable siguiente a aquel en el que tenga constancia de que el importe adeudado ha sido satisfecho». Es posible la suspensión en caso de impago según prevé esta cláusula, aunque el art. 118 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, requiere previo aviso al abonado. Este artículo dice expresamente: «El retraso en el pago total o parcial por el abonado durante un período superior a un mes desde la presentación a éste del documento de cargo correspondiente a la facturación del servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija podrá dar lugar, previo aviso al abonado, a su suspensión temporal».

1.9\_. En cuanto a las modificaciones que pueda sufrir el propio condicionado, una de las cláusulas examinadas dice lo siguiente: «El presente contrato podrá ser modificado por [la operadora], previa comunicación al Cliente, con una antelación de un mes. La comunicación al Cliente podrá realizarse, entre otros medios, a través de la página web de [la operadora], [...], con indicación de la fecha de entrada en vigor de la modificación anunciada. A solicitud del Cliente, [la operadora] le dirigirá esa comunicación por escrito y sin coste alguno. En caso de disconformidad con la modificación propuesta, el Cliente podrá comunicar a [la operadora] su voluntad de resolver el contrato. La comunicación de la voluntad de resolver el contrato deberá ser enviada por el Cliente al domicilio social de [la operadora], adjuntando copia del DNI o documento equivalente. La utilización del Servicio con posterioridad a la entrada en vigor de la modificación anunciada por [la

operadora] se considerará expresión de su aceptación por el Cliente». El art. 107 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, prevé la posibilidad de modificación con aviso previo de un mes y posibilidad de resolución por parte del abonado. No obstante, esta condición puede considerarse abusiva en tanto en cuanto se prevé que la comunicación de [la operadora] al cliente de la modificación efectuada se haga a través de la página web, y por escrito sólo si lo solicitara expresamente el cliente. No es ése el medio adecuado. Por el contrario, cuando es el cliente quien ha de ejercitar su derecho a resolución ha de realizarlo en la forma prevista en la cláusula: por escrito y con copia del DNI. La comunicación del cambio de las condiciones generales debe hacerse por un medio que permita al cliente tener conocimiento de tal cambio, y no con un mero anuncio en la página web que no asegura, en absoluto, que dicho cambio llegue a conocimiento de los clientes. Y ello, a más abundamiento, cuando, según el condicionado, la mera utilización con posterioridad a dicha modificación del servicio, se considera expresa aceptación por el cliente de dichas condiciones. Este procedimiento es gravoso para el consumidor y contrario a la reciprocidad y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que ha de regir en todas las condiciones, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 82 y siguientes del RDL 1/2007 (en concreto, art. 86.7, al sancionar las renunciaciones a los derechos reconocidos al consumidor).

1.10\_. «El Cliente declara conocer y aceptar las características del Servicio de acuerdo con la Oferta Comercial vigente cuyas características se encuentran en [la página web de la operadora] o bien en la Oferta Comercial presentada (en adelante, la Oferta Comercial)». Estamos ante una cláusula abusiva encuadrable en el apartado 1 del artículo 89 del RDL 1/2007, toda vez que se declara por el consumidor aceptar y conocer características y condiciones antes de contratar, cuando no es seguro ni que se contrate ni que realmente se conozcan. Conforme este apartado es abusiva la declaración de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y la declaración de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

1.11\_. En la condición relativa a la entrada en vigor y comienzo de los servicios se establece: «El Contrato entrará en vigor el mismo día de su formalización, siendo ésta la Fecha de Contrato. [La operadora] informa, que en caso de que el Cliente no devuelva debidamente firmado el contrato y disfrute de los servicios prestados por [la operadora], el pago de la primera factura correspondiente a los nuevos Servicios contratados o a los Servicios modificados, implicará la aceptación del Servicio y de las presentes Condiciones del Contrato». Estamos nuevamente ante una declaración de hechos ficticios. Además esta condición es contraria a lo estipulado en el art. 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, desde que conforme a este artículo sólo se considerarán incorporadas al contrato aquellas condiciones aceptadas y firmadas, entendiéndose aceptadas cuando se contengan los elementos fijados en dicho artículo: aceptación y firma de todas las partes, información expresa de su existencia, entrega de un ejemplar; si no se requiere contrato por escrito: anuncio en lugar visible de las condiciones, que se entreguen con el resto de documentación o se garantice una posibilidad efectiva de conocer su existencia; y en caso de contratación electrónica, no necesidad de firma convencional pero sí exigencia de constancia en los términos reglamentariamente previstos de la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, enviando inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán los términos de la misma.

1.12\_. Más adelante, en la misma condición, se dice: «La continuidad del Servicio podrá verse alterada por las tareas de mantenimiento de la red e infraestructuras que lo soportan. Dichas tareas de mantenimiento serán comunicadas al Cliente con suficiente antelación y no darán derecho a indemnización alguna a favor del Cliente». Se trata de una exención de responsabilidad ilegal y una exclusión irregular de los derechos del consumidor. El art. 115 del Real Decreto 424/2005 prevé el derecho a indemnización del consumidor por la interrupción del servicio. En el primer apartado se regula la cantidad a indemnizar y en el segundo los casos en que no cabrá indemnización alguna aun cuando se produzca esta

interrupción. Entre su enumeración no se encuentran las tareas de mantenimiento; por tanto, en caso de que dicha tarea de mantenimiento suponga una interrupción del servicio y daños y perjuicios al consumidor, habrá de responder [la operadora]. Así también se prevé en el art.128 del RDL 1/2007; sin perjuicio del derecho de reclamación del consumidor ante cualquier actuación u omisión por parte de [la operadora] que suponga incumplimiento de sus obligaciones contractuales para lo que se prevé, en su caso, indemnización (art. 1101 y siguientes del Código civil, y en concreto 1124, así como art. 1256 del mismo cuerpo legal en virtud del cual no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento del contrato). Además esta cláusula puede considerarse abusiva atendiendo que no pueden transmitirse al consumidor y usuario las consecuencias económicas de los errores de gestión o administración (art. 89.2 del RDL 1/2007).

1.13\_. En una condición relativa al precio del servicio se establece: «[La operadora] cobrará al Cliente por la prestación de los Servicios las tarifas que en cada momento [la operadora] tenga vigentes, y que el Cliente declara conocer y aceptar a través de la Oferta Comercial realizada por [la operadora] y que están disponibles a través de [la página web de la operadora].» De nuevo nos encontramos ante una condición abusiva al tratarse de una declaración sobre hechos ficticios (sancionada en el apartado 1 del art. 89 RDL 1/2007).

1.14\_. En el último párrafo de la condición cuarta se recoge: «Las partes reconocen expresamente que los registros informáticos de [la operadora] y su reproducción constituyen prueba válida y suficiente de los Servicios solicitados y efectivamente consumidos por el Cliente». Se trata de una cláusula abusiva por implicar una imposición de renuncia y limitación de los derechos del consumidor (supuesto calificado de abusivo en el apartado 7 del art. 86 RDL 1/2007, anterior apartado 14 de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984). No puede establecerse por contrato lo que es prueba válida o no, sino que será el Juez quien, en caso de controversia, determine lo que queda o no probado. Es un pacto contrario al art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la carga de la prueba en

el proceso, regla que resulta de carácter imperativo y no dispositivo para las partes.

1.15\_. En una condición relativa a la resolución del contrato se dice: «El Contrato tendrá una duración mínima de un año, prorrogándose automáticamente por periodos de igual duración salvo denuncia expresa de las Partes con una antelación de 15 días. El Cliente podrá resolver en cualquier momento el presente Contrato, con antelación mínima de 15 días respecto de la fecha de resolución. La baja se cursará mediante llamada, fax o correo al Centro de Servicios de Atención al Cliente de [la operadora] indicando los datos precisos para asegurar la tramitación correcta y segura. Para poder ejercer esta facultad el Cliente, en todo caso, habrá de estar al corriente de pago de todas las facturas. Una vez resuelto el Contrato, el Cliente tendrá derecho a la devolución de las cantidades que, correspondiendo a fechas posteriores a la resolución, hayan sido satisfechas por el mismo». Esta condición puede calificarse de abusiva en la medida en que se imponen limitaciones al derecho de resolución reconocido al consumidor (art. 86.7 del RD 1/2007). El art. 62.2 del RDL 1/2007 regula la facultad de los consumidores de resolver el contrato; en particular para los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo o continuado, prohíbe las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato. En términos similares se posiciona la normativa reglamentaria del sector, desde que el artículo 105.2.j) del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios permite a los usuarios extinguir el contrato, por su sola voluntad, «comunicándolo previamente al prestador del servicio con una antelación mínima de 15 días naturales al momento en que ha de surtir efectos.» Así pues, tenemos que la exigencia de que el cliente se encuentre al corriente en el pago de las facturas, puede llegar a constituir una valoración unilateral por parte de la empresa que derive en una situación tal que impida el derecho del consumidor a darse de baja en el servicio.

1.16\_. «En todo caso, la responsabilidad total de [la operadora] (salvo que concurra dolo o negligencia grave), estará limitada al montante total de cuotas efectivamente pagadas por el CLIENTE en virtud del presente contrato, excluyéndose expresamente toda responsabilidad por daños directos o indirectos, daño emergente y/o lucro cesante». Se trata de pacto de responsabilidad contrario a lo establecido en el art. 147 del RDL 1/2007. Los consumidores y usuarios tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios causados; no se establece limitación cuantitativa alguna, por lo que el consumidor, en la práctica, podrá reclamar, a pesar del dictado contractual, los daños y perjuicios «causados», aunque éstos excedan del montante de las cuotas a que se refiere la cláusula (limitación que contraviene un derecho y que es abusiva de conformidad, asimismo, con lo establecido en el art. 86.7 RDL 1/2007).

1.17\_. En otra cláusula se establece el «límite de uso de 5.000 minutos por línea» en la tarifa plana contratada. Esta limitación contradice la oferta de tarifa plana que efectúa [la operadora] en esa misma cláusula. Conforme al art. 61 del RD 1/2007, el consumidor y usuario tiene derecho a exigir lo que se le oferta, de no ser así (como en este caso que se limita el uso de una tarifa plana que se ofrece sin límites) se está limitando un derecho que tiene reconocido por ley. Esta cláusula es abusiva visto su contenido y lo dispuesto en el art. 86.7 del citado RDL 1/2007.

1.18\_. «Descripción del servicio. [La operadora] prestará al Cliente el Servicio de Acceso a Internet denominado [...] con la velocidad contratada, que podrá alcanzar la velocidad de hasta 1 Mega, hasta 3 Megas, hasta 6 Megas y hasta 20 Megas en función de la modalidad de ancho de banda contratada, su ubicación y zona de cobertura. [...] [La operadora] no puede garantizar que el Cliente disponga de la velocidad contratada en todos los casos, ya que la distancia a la central, la calidad de la línea y las posibles interferencias pueden suponer una disminución de la citada velocidad. En cualquier caso, [la operadora] realizará sus mejores esfuerzos para que el Cliente disponga de la máxima velocidad posible técnicamente con el ADSL que le corresponda». Como se ha indicado anteriormente, el consumidor

tiene derecho a exigir lo ofertado (art. 61 del RDL 1/2007), siendo cualquier condición que limite este derecho, abusiva (apartado 7 del art. 86). Además, de conformidad con lo establecido en el art. 1256 del CC no puede dejarse el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

1.19\_. En un punto de las condiciones del servicio ADSL se dice: «El Cliente declara conocer y aceptar las características del Servicio de acuerdo con la Oferta Comercial vigente cuyas características se encuentran en [la página web de la operadora] o bien en la Oferta Comercial presentada (en adelante, la Oferta Comercial)». Estamos ante la declaración sobre hechos ficticios a que se refiere el apartado 1 del art. 89 del RDL 1/2007, y por tanto abusiva. Su contenido es prácticamente el mismo que el de la primera condición aquí analizada.

1.20\_. El mismo análisis y conclusión es aplicable a otro punto de las condiciones especiales que dice: «El Cliente declara conocer las tarifas de [la operadora] vigentes a la firma del presente Contrato». El cliente conocerá dichas tarifas por el motivo que sea (se le hayan enviado por correo, consten en las condiciones particulares, etc.), no porque lo digan las condiciones generales.

1.21\_. En una cláusula relativa a la entrada en vigor y comienzo de los servicios se establece: «[La operadora] no puede garantizar la instalación del Servicio en todos los casos, ya que la línea del Cliente puede presentar incompatibilidades con el Servicio, esta circunstancia se comunicará al Cliente con la máxima celeridad. [La operadora] no puede garantizar el funcionamiento del Servicio en todos los equipos informáticos. En tales casos [la operadora] podrá cancelar el presente Contrato sin incurrir en penalización». Esta cláusula, en principio, no puede calificarse de abusiva; sin embargo, no hay que olvidar que dicha cancelación puede suponer gastos para el cliente y debe informarse previamente a su contratación. En caso de que existan gastos o daños y perjuicios para el cliente derivados de la cancelación la operadora habría de responder en la forma regulada en los artículos 128 a 134, ambos inclusive, y 147 y siguientes del RDL 1/2007.

1.22\_. Otra cláusula establece: «La continuidad del Servicio podrá verse alterada por las tareas de mantenimiento de la red e infraestructura que lo soporta. Dichas tareas de mantenimiento serán comunicadas al Cliente con suficiente antelación y no darán derecho a indemnización alguna a favor del Cliente». Estamos ante una exención de responsabilidad ilegal contraria al art. 115 del Real Decreto 424/2005, y art. 128 a 134, ambos inclusive, 147 y siguientes y 89.2 del RDL 1/2007, así como al art. 1101 y siguientes del Código Civil.

1.23\_. «En el caso de que el Cliente tenga su domicilio fuera de España, [la operadora] y el Cliente se someten, con renuncia expresa a cualquier otro fuero, a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Madrid (España).» A tal efecto, debe tenerse en cuenta que, para servicios ofrecidos fuera de España a nacionales de otros Estados miembros (las condiciones generales no dicen que no la operadora no lo haga), la competencia judicial internacional viene fijada por el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuyo artículo 16.1 señala lo siguiente: «La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor.» Se trata, por tanto, de una cláusula abusiva al reconocerse el derecho del nacional de un Estado miembro a demandar en su propio Estado a las empresas con las que contrate a través de Internet.



## **II. AGENCIAS DE VIAJES Y VENTA DE BILLETES.**

2.24\_. «El mero uso del Portal implica la aceptación sin reservas por parte del usuario de las presentes Condiciones Generales, y la confirmación en la compra de un servicio o producto, el compromiso del usuario a abonar las cantidades adeudadas por cualquiera de los medios establecidos al efecto por [la agencia].» La Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación en su artículo 5 requiere que las condiciones generales se firmen por todas las partes del contrato y sean aceptadas por el adherente (en este caso cliente-consumidor). El mero uso del Portal no supone una aceptación de dichas condiciones tal y como establece esta cláusula. Señala el art. 5 que no puede entenderse que ha habido aceptación de dichas condiciones cuando no se ha informado por el predisponente al consumidor de la existencia de dichas condiciones generales y se la ha facilitado un ejemplar; cuando el contrato no deba formalizarse por escrito para entenderlas aceptadas e incorporadas al contrato ha de anunciarse las condiciones en lugar visible dentro del lugar en que se celebre el negocio, que se inserten en la documentación del contrato que acompaña a su celebración o que de cualquier otra forma se garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido al momento de la celebración; además, en el caso de contratación electrónica, como en este caso, es necesario que se acepten todas y cada una de las cláusulas del contrato (en los términos reglamentariamente previstos), sin necesidad de firma convencional y en este supuesto se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada donde constarán todos los términos de la misma. Así pues, el mero uso del portal en modo alguno supone la aceptación de las condiciones y su incorporación al contrato, sino que habrán de seguirse los requisitos establecidos en el artículo antes mencionado. Procede añadir, asimismo, que no sólo los artículos 82 a 90, ambos inclusive, del RDL 1/2007 regulan las cláusulas abusivas y su nulidad, sino que la propia Ley 7/1998 en el art. 8 establece la nulidad de las condiciones generales que contravengan lo dispuesto en la misma. A nivel reglamentario, también merece cita el criticado Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación

telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Además, los elementos previstos en el art. 5 relativos a la contratación telefónica o electrónica aparecen, igualmente, en el párrafo segundo del art. 80.1 b) del RDL 1/2007 que regula los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente.

Por último, en relación a esta cláusula, se ha de decir que podemos estar ante una declaración sobre hechos ficticios recogida en el art. 89.1 del RDL 1/2007, por cuanto la incorporación de las condiciones generales al contrato no vendrá dada por el mero uso de la página web, sino por el cumplimiento de los requisitos legales existentes a tal efecto.

2.25\_. Una cláusula relativa a la responsabilidad dicta lo siguiente: «Limitación de responsabilidad. En todo caso, la responsabilidad de [la agencia] estará limitada al precio final pagadas por el usuario en virtud de los servicios y/o productos contratados, excluyéndose expresamente toda responsabilidad por daños directos o indirectos, daño emergente y/o lucro cesante». Esta limitación de responsabilidad es irregular. El art. 128 del RDL 1/2007 dispone: «Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar».

El art. 147 del citado RDL 1/2007, sobre el régimen general de responsabilidad en el caso de prestación de servicios, no establece tampoco límite cuantitativo alguno, recogiendo que los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios. Así pues, deberán responder de todos los «causados» aunque exceda del precio de los productos o servicios contratados por el usuario

(salvo que prueben que han cumplido las exigencias y los requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio). Una limitación en este sentido viene sancionada por el art. 86.2 (anterior punto 10 de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984): «la exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato por los daños o por la muerte o lesiones causadas al consumidor y usuario debidos a una acción u omisión por parte de aquél». Asimismo, es encuadrable en el apartado 7 del citado artículo como limitación a un derecho reconocido al consumidor. De otro lado, el art. 162 del RDL 1/2007 (que sustituye al art. 11 de la derogada Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados) regula la responsabilidad de los organizadores y detallistas del viaje; así, deben responder frente al consumidor y usuario en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto funcionamiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicio. La responsabilidad es solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos. Además responden de los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato.

Además, no pueden limitarse al consumidor los derechos de reclamación y exigencia de responsabilidad que se regulan en el Derecho Común, en concreto, art. 1101 y siguientes del Código Civil.

Finalmente, apuntar que no sólo ha de tacharse de abusiva dicha cláusula por lo ya expuesto, sino que, de conformidad con lo establecido en el art. 130 del RDL 1/2007, esta cláusula es ineficaz frente al perjudicado al contener una limitación de la responsabilidad civil prevista en el Real Decreto.

2.26\_. Al comienzo del condicionado general de una agencia se establece: «Para la utilización de este portal, el *Usuario* acepta expresamente la adhesión plena y sin reservas, a todas y cada una de las Condiciones Generales de [la agencia], en la versión publicada y vigente en el mismo momento en que el *Usuario* acceda a este portal, especialmente las establecidas sobre la limitación de responsabilidad, así como las de cualquier proveedor de servicios turísticos o de viajes. Por tanto, el *Usuario* debe leer atentamente las presentes *Condiciones Generales* antes de utilizar el Portal, dado que las mismas podrían haber sufrido modificaciones desde la última vez que accedió al mismo». No pueden considerarse incorporadas al contrato las condiciones generales que no hayan sido aceptadas de conformidad con lo establecido en el art. 5 de la Ley 7/1998 de 13 de abril. El mero uso no puede suponer la aceptación de las condiciones. Los artículos 82 a 90 del RDL 1/2007 no son los únicos preceptos que califican de abusivas las cláusulas que limiten o restrinjan los derechos reconocidos a los consumidores, sino que el art. 8 de la Ley 7/1998 prevé la nulidad para las que contravengan en perjuicio del consumidor lo dispuesto en su articulado. Además, la condición puede calificarse de abusiva dado que estamos ante una declaración sobre hechos ficticios recogida en el art. 89.1, por cuanto la incorporación de las condiciones generales al contrato no vendrá dada por el mero uso de la página web, sino por el cumplimiento de los requisitos legales existentes a tal efecto.

Por último, apuntar que será abusiva y, por tanto, nula, la condición que suponga una limitación de responsabilidad de la empresa que sea contraria a lo establecido en los artículos 128 y siguientes del RDL 1/2007 (que sustituye el capítulo VIII –arts. 25 y siguientes– de la Ley 26/1984 y a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por productos defectuosos).

2.27\_. En otra condición, relativa a la responsabilidad, se dice: «La aceptación, por parte del Usuario, de la siguiente limitación de responsabilidad, es elemento esencial para que [la agencia] realice la emisión y envío de billetes aéreos. Por ello, en los servicios anteriormente

citados y comprados a través de la página Web o del servicio de Call Center ofrecido a través de la misma, la máxima responsabilidad que asume [la agencia] por: a) La realización y gestión de envíos de billetes aéreos; b) Realización de reservas, incluyendo el suministro de determinadas tarifas no podrá ser nunca superior al importe del billete ofrecido más un veinte por ciento (incluyendo los gastos de gestión y envío, que en su caso, se cargasen al Usuario), por lo que si [la agencia] incurriera en algún error, o negligencia, en la realización de las actividades antes mencionadas, su máxima responsabilidad estará limitada a la cantidad antedicha. Asimismo, en ningún caso, [la agencia] podrá ser responsable por el lucro cesante derivado de una negligencia en una transacción». Los arts. 128 a 134, ambos inclusive, establecen las disposiciones generales en materia de responsabilidad, reconociendo el derecho a indemnización en caso de daños y perjuicios; en el art. 135 y siguientes recoge de manera más concreta la regulación de los daños causados por los productos y en los artículos 147 a 149, ambos inclusive, los daños producidos por otros bienes o servicios. El art. 128 RDL 1/20074 dispone que «Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar.»

De igual forma, se recoge la indemnización de daños y perjuicios «causados» en los arts. 135 y 147. En el caso de prestación de servicios, no aparece limitación alguna, ni en cuanto al lucro cesante ni en cuanto a la cuantía de los daños; la indemnización será la que corresponda a todos los «causados». Ya se ha adelantado que se trata de una exención irregular y la limitación de responsabilidad al precio del billete más el 20% si los daños causados fueran mayores es ilegal y contraria a dicho artículo. Se trata de una condición abusiva al limitar el derecho reconocido al consumidor (art.

86.7 del RDL 1/2007). Además, ya prevé el art. 130 RDL 1/2007 la ineficacia frente al perjudicado de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad civil.

2.28\_. Una condición general relativa a la compra de billetes aéreos dispone: «[La agencia] cobrará un fee por pasajero (cargo de emisión), en las compras de billetes aéreos (exceptuando a los bebés que sean menores de 2 años en la fecha de salida del vuelo, los cuales están exentos de este cargo). Este importe no es reembolsable en ningún caso y es independiente de la tarifa seleccionada por el comprador. En caso de cambios o modificaciones a petición del cliente, y siempre que las tarifas lo permitan, estos importes se aplicarán nuevamente». Esta condición, que no permite el reembolso del billete en caso alguno, es abusiva en cuanto supone una limitación a los derechos del consumidor de reclamar el reembolso en caso, por ejemplo, de incumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones que le correspondan según lo contratado. En caso de incumplimiento por parte de uno de los contratantes, de conformidad con lo establecido en el art. 1101 y siguientes del Código Civil, el consumidor cumplidor tiene derecho a exigir el cumplimiento, resolución e indemnización de daños y perjuicios en ambos casos, y, por qué no, el reembolso del precio del billete (en concreto, art. 1124 del CC).

2.29\_. Otra condición sobre responsabilidad dice: «[.] Del mismo modo, no se hace responsable de las pérdidas de enlace de sus servicios con otros transportes, propios o ajenos [...].» Esta cláusula es de redacción general y supone una exención irregular de responsabilidad y, en consecuencia, una restricción del derecho del consumidor a reclamar por los daños y perjuicios que se le causen. En efecto, habrá que estarse al caso concreto y en el supuesto de que se irroguen al consumidor daños y perjuicios en la prestación del servicio por los que el prestador deba responder conforme a lo establecido en el art. 147 del RDL 1/2007, el consumidor y usuario tendrá derecho a ser indemnizado.

2.30\_. Otra agencia incluye la siguiente condición general: «El usuario es único y exclusivo responsable de los datos personales y de viaje (fechas, hoteles, horarios) insertados al momento de efectuar la reserva. Todo lo que vendemos no puede ser cambiado, ni es tampoco reembolsable, debe verificarse siempre el email de confirmación después de la reserva y en el caso de identificar algún error rellenando el pedido, o si hay algo incorrecto en la confirmación del pedido, el usuario deberá llamar cuanto antes al 902 52 52 52, nuestros operadores harán lo posible para corregir el error. Remitimos a las condiciones particulares de cada categoría en cuanto a los gastos y penalizaciones asociados a los cambios necesarios, siempre y cuando estos sean posibles». Esta condición contraviene lo establecido en el art. 160 del RDL 1/2007 (que sustituye al art. 9.4 de la derogada Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados) que prevé la posibilidad del consumidor y usuario en todo momento de dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiere abonado, si bien indemnizando al organizador o detallista, salvo que la resolución se deba a causa de fuerza mayor, en las cuantías indicadas en la ley (a saber: gastos de gestión, anulación –si los hubiere– y penalización consistente en el 5% del importe total del viaje si el desistimiento se produce con más de 10 y menos de 15 días de antelación a la fecha del comienzo del viaje, el 15% entre los 3 y 10 días y el 25% dentro de las 48 horas anteriores a la salida; si no se presentare a la salida abonará el usuario el importe total del viaje, incluidas las cantidades pendientes salvo acuerdo de las partes en otro sentido). La cláusula limita un derecho reconocido al consumidor, por lo que ha de ser calificada como abusiva de conformidad con lo establecido en el art. 86.7 del RDL 1/2007.

2.31\_. En otro apartado se dispone: «Una vez realizada la reserva online recibirás un acuse de recibo vía e-mail de la solicitud. Nuestros agentes tramitarán la reserva y se pondrán en contacto contigo en un plazo de 24/48 horas laborables para confirmarte la reserva o darte una alternativa. En el caso de las ofertas destacadas como “Disponibilidad Garantizada” o “Plazas Garantizadas” tu reserva quedará confirmada automáticamente. **-[la agencia] cargará a tu tarjeta el 40 % del importe del viaje como depósito**

**para empezar a tramitar la reserva.** No te preocupes, si no hay disponibilidad de plazas, [la agencia] procederá a cancelar la reserva, devolviendo el depósito inicial del 40% sin cargarte por ello ningún gasto de tramitación. En el caso de ofertas destacadas como “Disponibilidad Garantizada” o “Plazas Garantizadas”, pasaremos a cobrar el importe íntegro del viaje contratado». En el art. 23 de la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988 por la que se aprueban las normas reguladoras de las agencias de viajes se prevé el depósito del 40%. En principio, esta cláusula no es abusiva; no obstante, es conveniente tener en cuenta que pudiéramos estar ante un precontrato, que al contener anticipación del precio puede considerarse según la doctrina como contrato perfecto y al ser contrato perfecto serán de aplicación los efectos de contrato perfecto, entre ellos los recogidos en los artículos 159 y 160 del RDL 1/2007 relativo a la resolución del contrato o cancelación del viaje.

2.32\_. Ha de apuntarse el punto cuyo enunciado es: «en el caso de que el programa sea un vuelo charter, tendrán condiciones especiales de cancelación» dentro de la condición sobre las condiciones de anulación. Este apartado será conforme a derecho siempre que se especifiquen en el contrato cuáles son dichas condiciones especiales de cancelación; de no ser así, habrá que estar a las que establece la ley. Igual mención cabe hacer respecto al enunciado: «en el caso de vuelos especiales los horarios de los vuelos pueden ser modificados por parte del tour operador. [La agencia] no se hace responsable de dichos contratos». Es necesario especificar esta posibilidad en las condiciones particulares, para evitar entrar con vulneración con lo establecido en el artículo 61 del RDL 1/2007 y 1256 del Código civil.

2.33\_. Otro apartado merece especial: «La información sobre los productos y servicios turísticos que aparece en la página web de [la agencia] no podrá en ningún caso ser entendida como una oferta de [la agencia] dirigida al usuario. [La agencia] se exonera de que cualquier responsabilidad en relación con dichos productos y servicios». Esta condición es contraria a lo establecido en el 61 del RDL en virtud del cual el consumidor tiene derecho a exigir lo ofertado. El art. 23 de la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988,



en sintonía con dicho artículo, prevé: «los folletos y programas editados por las agencias de viajes responderán a criterios de utilidad, precisión y veracidad y no podrán incluir publicidad falsa o engañosa». Al ser limitativa de derechos reconocidos al consumidor o usuario es abusiva de conformidad con lo establecido en el art. 86.7 del RDL 1/2007.

2.34\_. Una condición contenida en un apartado llamado «pasaportes/visados/vacunas» señala lo siguiente: «Las diversas Empresas responsables de la información contenida en la página web de [la agencia] (agencia de viajes, tour-operadores, compañías aéreas, etc) se reservan el derecho de modificar dicha información relativa, por ejemplo, a la ruta de los vuelos o las características de los viajes», sólo será conforme a la legislación si dicha modificación se produce con anterioridad a la aceptación por el consumidor de las condiciones inicialmente previstas, y en su caso con las consecuencias de los artículos 158, 159 y 160 del RDL 1/2007 (anteriores 8 y 9 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados).

2.35\_. Dentro de la condición «paquetes vacacionales de vuelo+hotel» de una agencia se estipula: «Las empresas responsables de la información contenida en la página web de [la agencia] (agencias de viajes, tour-operadores, compañías aéreas, etc..) se reservan el derecho de modificar información relativa a la ruta de los vuelos, características de los viajes, horarios, entre otros. Por lo tanto, [la agencia] no se hace responsable de dichas modificaciones y el cliente tiene la responsabilidad de confirmar su reserva antes de fecha de salida por si surgiera algún cambio o imprevisto». En este caso se ha de recordar nuevamente que, conforme al 61 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, el cliente puede exigir lo que se le ofrece en publicidad, exigiendo, asimismo, la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988 en su art. 23 que dicha publicidad sea veraz. Además, en esta condición la agencia se exime de responsabilidad, siendo esta exención irregular conforme a los artículos 128 y siguientes y el art. 162.1 del RD (este último sustituye al art. 11.1 de la derogada Ley 21/1995 de Viajes Combinados). Ciertamente, el RD, en el art. 158 permite la modificación del viaje pactado,

si bien con las consecuencias indemnizatorias del art. 159 que no aparecen recogidas en el clausulado.

2.36\_. En la misma condición de «paquetes vacacionales de vuelo+hotel» se recoge: «los precios de los paquetes vacacionales están sujetos a cambios y las reservas basadas en la disponibilidad». Es necesario recordar que el 157 del RDL 1/2007 (anterior art. 7 de la Ley 21/95 de 6 de julio reguladora de viajes combinados) prevé que los precios establecidos en el contrato no podrán ser revisados, salvo si éste establece de manera explícita la posibilidad de revisión y se definen las modalidades precisas de cálculo. En cualquier caso, según este artículo, la revisión sólo tendrá lugar para incorporar variaciones del precio de los transportes, incluido el coste del carburante, las tasas e impuestos relativos a determinados servicios y los tipos de cambio aplicados al viaje combinado. Cualquier modificación ha de ser conforme a lo establecido en el art. 158 y puede dar lugar a indemnización en los supuestos previstos en el 159 RDL 1/2007.

2.37\_. Otra condición que puede considerarse abusiva es la que tiene por enunciado: «La compra de billetes de avión contenidas en este site propiedad de [la agencia], implica la entera adhesión y aceptación de todas y cada una de las condiciones generales y particulares por parte del cliente». Para tener por incorporadas las condiciones generales al contrato y aceptadas, han de cumplirse los requisitos del art. 5 de la Ley 7/1998, sin que la mera compra suponga dicha aceptación e incorporación. Según ese artículo las condiciones generales se consideran incorporadas cuando se dan los siguientes elementos: aceptación y firma de todas las partes, información expresa de su existencia, entrega de un ejemplar; si no se requiere contrato por escrito: anuncio en lugar visible de las condiciones, que se entreguen con el resto de documentación o se garantice una posibilidad efectiva de conocer su existencia; y en caso de contratación electrónica, no necesidad de firma convencional pero sí necesidad de constancia en los términos reglamentariamente previstos de la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, enviando inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán los

términos de la misma. Asimismo se trata de declaración sobre hecho ficticio calificada de abusiva en el apartado 1 del art. 89 del RDL 1/2007.

2.38\_. El condicionado de otra agencia que merece mención señala lo siguiente: «Determinada información incluida en la web site de [la agencia] ha sido aportada por los prestatarios de los servicios que se ofrecen en la referida web site. [La agencia] no se responsabiliza de la veracidad de los contenidos o de las erratas que puedan derivarse de dicha información». Se trata de una exención de responsabilidad irregular; desde que la ley reconoce el obligatorio cumplimiento de lo ofertado y el derecho del consumidor a reclamar por los servicios publicitados cuando éstos no sean prestados (art. 61 y 153 del RDL RDL 1/2007 –anterior 3.2 de la Ley 21/1995, de 6 de julio–, y 23 de la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988), la exclusión que propone esta cláusula cae dentro de la consideración como cláusula abusiva que realiza el art. 86.7 del RDL 1/2007.

2.39\_. Esta misma agencia incluye la siguiente condición: «Las presentes Condiciones Generales de Uso, así como la relación existente entre [la agencia] y el usuario respecto de las mismas estarán regidas por la legislación española, sometiéndose expresamente las partes a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid». En el art. 90 RDL 1/2007 se desarrolla el grupo f) del art. 82.4 del mismo cuerpo legal (apartado 27 primer inciso de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984). En el citado artículo se recoge: «Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: [...] 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble». Este artículo está en relación con los artículos 50 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 8 de enero). Se trata de una condición abusiva visto su contenido y la regulación del art. 90 del RDL 1/2007 y los artículos mencionados de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a la legislación aplicable, puede encontrar oposición a su validez para el supuesto de que el consumidor contratante sea un nacional de un Estado miembro distinto a España; el

Convenio de Roma (ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 19 de julio de 1993), impide que la ley elegida por las partes provoque en el consumidor la privación de las normas imperativas de protección existentes en su propio país.

2.40\_. En una condición relativa a la revisión de precios se dice: «El precio del viaje combinado ha sido calculado según los tipos de cambio, tarifas de transporte, coste del carburante y tasas e impuestos aplicables en el momento de la consulta y confirmación de la reserva. Cualquier variación del precio de los citados elementos podrá dar lugar a la revisión del precio final del viaje. Con motivo de eventos especiales, puentes, festividades locales, etc., el precio del viaje puede verse alterado sobre el precio final de la reserva». Aquí conviene recordar que, conforme al art. 61 del RDL 1/2007 el consumidor y usuario tiene derecho a exigir lo que se oferta, entre lo que está incluido el precio, como elemento esencial del contrato. El art. 157 del citado RDL 1/2007, dentro del Libro relativo a los viajes combinados también prevé la revisión de precios, siempre que se establezca de forma explícita y se definan las modalidades precisas de cálculo, si bien sólo tendrá lugar esta revisión para incorporar variaciones del precio de los transportes, incluido el coste del carburante, las tasas e impuestos relativos a determinados servicios y los tipos de cambio aplicados al viaje organizado, siempre que se haga antes de los 20 días anteriores a la fecha de salida del viaje. En el mismo sentido se manifiesta el art. 28 de la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988 por el que se aprueban las normas reguladoras de las agencias de viajes. Así pues, será ilegal cualquier variación del precio que no se corresponda con los supuestos del artículo transcrito, suponiendo una limitación al derecho del consumidor a exigir lo ofertado, en su caso, y por tanto abusiva la cláusula que lo permita, de conformidad con lo establecido en los artículos 85.3 y 86.7 del RDL 1/2007. En régimen de derecho común, el Código civil prohíbe que el contrato quede a criterio de una de las partes (art. 1256).

2.41\_. La misma consideración anterior procede del siguiente párrafo de la misma cláusula, cuando señala que «Además el precio definitivo para el

cliente será una vez este tenga en su poder el localizador de la reserva y se haya hecho cobro en su tarjeta, siendo no vinculante el precio mostrado hasta entonces. Este precio no incluye: visados, tasas de aeropuerto y/o tasas de entrada y salida, certificados de vacunación, ¿extras¿ (sic) tales como cafés, vinos, licores, aguas minerales, regímenes alimenticios especiales ni siquiera en los supuestos de la pensión completa o media pensión, salvo que expresamente se pacte en el contrato otra cosa -, lavado y planchado de ropa, servicios de hotel opcionales, y en general, cualquier otro servicio que no figure expresamente en el apartado ¿el precio del viaje incluye¿ (sic) o no conste específicamente detallado en el programa /oferta, en el contrato o en la documentación que se entrega al consumidor al suscribirlo». A más abundamiento, el art. 152 RDL 1/2007 prevé que habrá de expresarse el precio final del viaje en el folleto y el art. 154 que habrá de contenerse en el contrato el precio final completo, desglosando los gastos de gestión, así como una indicación de toda posible revisión del mismo, ajustado a lo previsto en el art. 157, y de los posibles derechos e impuestos correspondientes a los servicios contratados, cuando no estén incluidos en el precio del viaje combinado.

2.42\_. En otra condición sobre los gastos de gestión y cancelación, se regula el derecho de desistimiento del consumidor y la indemnización que ha de abonar a la Agencia. En el caso de billetes de avión prevé que después de emitidos, su cancelación conlleva el 100% de gastos. No se especifican, sin embargo, cuáles son esos gastos. En el RDL 1/2007 (art. 159) y en la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988 (artículo 29), se regulan las indemnizaciones que el consumidor ha de abonar a la Agencia en caso de desistimiento, previéndose a cargo del consumidor los gastos de anulación. Si bien es cierto que el contrato informa de cuáles son esos gastos de anulación, el derecho de desistimiento que prevé la normativa queda neutralizado por ese 100 %.

2.43\_. En unas condiciones generales del viaje avión+hotel se establece: «el precio del viaje incluye [...] Las Tasas de aeropuerto correspondientes, así como las tasas o impuestos de los establecimientos hoteleros y los

impuestos indirectos- Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) etc , cuando sean aplicables [...]», y más adelante: «El precio del Viaje no incluye: Visados, tasas de aeropuerto y/o tasas de entrada y salida, certificados de vacunación, exceso de equipaje en transporte aéreo, "extras" tales como cafés, vinos, licores, aguas minerales, regímenes alimenticios especiales, lavado y planchado de ropa, servicios de hotel opcionales, etc y, en general, cualquier otro servicio que no figure expresamente en el apartado "El precio del viaje combinado incluye".» El apartado último contradice lo establecido en la primera parte de la condición. Se trata de una condición oscura, no comprensible en los términos expuestos en el art. 80 del RDL 1/2007, siendo abusiva, como ya se ha indicado en el análisis de la condición relativa a la revisión de precio al que nos remitimos.

2.44\_. En unas condiciones relativas a los hoteles se dice: «Las descripciones de los servicios reflejados en cada establecimiento, han sido facilitadas por los propios establecimientos durante el periodo de contratación, por lo que dichas características están sujetas a posibles variaciones». Esta condición es contraria al derecho del consumidor y usuario de exigir que le sea dado lo ofertado, reconocido en el art. 61 del RDL 1/2007. Debe tenerse en cuenta que el tenor de este artículo en su apartado primero y segundo es el siguiente: «La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas y económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad del contrato». La condición que supone una restricción de los derechos reconocidos al consumidor es abusiva, de conformidad con lo establecido en el art. 86.7 del RDL 1/2007. De otro lado, en el art. 23 de la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988 se dispone que los folletos y programas editados por las agencias de viajes

responderán a criterios de utilidad, precisión y veracidad y no podrán incluir publicidad falsa o engañosa. Asimismo, el art. 153 del RDL 1/2007 (anterior art. 3.2 de la Ley 21/1995, de 6 de julio reguladora de los Viajes Combinados) establece que la información contenida en el programa-oferta será vinculante para el organizador o detallista del viaje combinado; y el 154 RDL 1/2007 (anterior art. 4 Ley 21/1995) relativo a la forma y contenido del contrato en su apartado tercero que: «la descripción del viaje combinado, comunicada por el detallista o, en su caso, por el organizador al consumidor, así como su precio y todas las demás condiciones aplicables al contrato deberán contener indicaciones que habrán de ser veraces y comprobables, en los términos establecidos en los artículos 18 y 60 [...]».

### **III. LIBRERÍAS ON LINE.**

3.45\_. Una cláusula relativa a los contenidos e información suministrada en el web, establece lo siguiente: «De existir un error tipográfico en alguno de los precios mostrados y algún cliente hubiera tomado una decisión de compra basada en dicho error, [la empresa vendedora] le comunicará al cliente dicho error y el cliente tendrá derecho a rescindir su compra sin ningún coste por su parte». Es condición abusiva en tanto en cuanto es limitativa del derecho reconocido al consumidor en el art. 61 del RDL 1/2007 de exigir lo que le es ofertado. Asimismo, el apartado segundo del art. 89 RDL 1/2007 prevé como abusiva la transmisión de las consecuencias económicas de errores de gestión o administrativos al consumidor. Conviene recordar, por último, que el artículo 60 b) prevé que se suministre el precio completo (incluidos los impuestos) al consumidor antes de contratar e incluso en la publicidad (en el mismo sentido, el art. 4 del Real Decreto 3423/2000, del 15 de diciembre, por el que se regula la indicación de precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios).

3.46\_. Otra cláusula relativa a la forma, gastos y plazo de envío, dispone: «Los gastos de envío que aparecen en la web al realizar el pedido son orientativos y se calculan en base a un peso estadístico medio por libro (560 grs). [La empresa vendedora] se reserva el derecho a alterar los costes de envío cuando el peso de los libros solicitados varíe en más/menos un 10% con respecto al peso medio mencionado. En caso de producirse una variación de precio, [la empresa vendedora] comunicará por medio de correo electrónico al cliente la variación y el cliente podrá optar por anular su pedido sin que se le pueda imputar ningún coste adicional». Aquí es conveniente recordar, nuevamente, que el consumidor tiene derecho a exigir lo ofertado, incluido el precio, de conformidad con lo establecido en el art. 61 del RDL 1/2007. La renuncia o limitación de este derecho o cualquier otro reconocido por parte de una condición general supone su calificación de abusiva y por tanto de tenerse por nula y no puesta, en virtud de lo establecido en los artículos 82 y 83 del RDL 1/2007. De otro lado, estamos ante una condición que es abusiva al incluir una modificación o interpretación unilateral de las



previstas en el apartado 3 del art. 85 (anterior apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984), cuyo tenor es: «las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes [...] 3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato». Para finalizar, la cláusula contraviene, igualmente, lo dispuesto en el art. 97.1.c) del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, dentro del Título relativo a los contratos celebrados a distancia [art. 40.1d) de la Ley 7/1996], en cuanto que ha de suministrarse al consumidor y usuario de forma veraz y suficiente la información prevista en el art. 60 y además, entre otros, la relativa a los gastos de entrega y transporte, en su caso.

3.47\_. En una condición relativa a los derechos del comprador y política de devoluciones se establece en su primer párrafo: «[La empresa vendedora] no garantiza a sus clientes la disponibilidad ni el plazo de entrega de los productos que se ofrecen en su website excepto la de los productos en los que expresamente se cite una determinada garantía. El catálogo que se muestra es meramente orientativo ya que las editoriales de los libros anunciados no comunican anticipadamente las existencias ni garantizan plazos de entrega de los libros que editan. Esta situación impide a [la empresa vendedora] la posibilidad de informar con exactitud a sus clientes sobre la disponibilidad de los mismos así como a garantizar un plazo de entrega determinado que en todo caso dependerá del tiempo que tarde la editorial en suministrar el producto». Aún siendo conscientes de la realidad en la distribución de libros, la oferta pública del librero (su catálogo) no puede ser meramente orientativo, sino que lo ofertado puede ser exigido por el consumidor, de conformidad con lo establecido en el art. 61 del RDL 1/2007. Asimismo, hay que tener en cuenta el contenido del art. 89.2 (antiguo apartado 21 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984), sobre la traslación al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables. Es cierto que el RDL 1/2007 prevé la posibilidad de que no esté

disponible el producto pedido y que el contrato no pueda ejecutarse en el plazo de 30 días (art. 104 RDL 1/2007, equivalente al 43.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista); sin embargo, de ser así, prevé dicho artículo que el comprador ha de ser informado de la falta de disponibilidad y deberá poder recuperar cuanto antes, y en cualquier caso en un plazo de treinta días como máximo, las sumas que haya abonado. En el supuesto de que el empresario no realice este abono en el plazo señalado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad. Visto el contenido de estos preceptos, la empresa vendedora no puede exonerarse de la obligación de informar de la falta de disponibilidad en los términos señalados ni eximirse de responsabilidad, en su caso.

3.48\_. En otra condición se dice: «No se admitirán devoluciones de Grandes Obras». Si se considera esta devolución como el desistimiento del art. 101 del RDL 1/2007 (art. 44 de la Ley 7/1996) no existe cobertura para la limitación de las grandes obras. El derecho de desistimiento sólo puede limitarse en los supuestos excepcionales que aparecen enumerados en el art. 102 del citado Real Decreto Legislativo, entre los que no aparecen las grandes obras. Así pues, tratándose de una limitación a un derecho reconocido del consumidor, es cláusula abusiva en virtud del art. 82.b) y art. 86.7 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre (apartado 14 de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984).

3.49\_. En una condición relativa a la legislación aplicable y jurisdicción competente se establece: «En el caso de que la parte compradora tenga su domicilio fuera de España, ambas partes se someten, con renuncia expresa a cualquier otro fuero, a los Juzgados y Tribunales de Madrid (España)». El art. 90.2 del RDL 1/2007 califica de abusiva la previsión de «pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble» De forma paralela, el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reputa nula «la sumisión expresa

contenida en contratos de adhesión o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios». La cláusula trascrita, por tanto, se tiene por no puesta.

3.50\_. Una de las cláusulas examinadas prevé los supuestos que pueden dar lugar a la resolución del contrato: «Producto defectuoso de origen: Una vez que [la empresa vendedora] recepcione el producto defectuoso te enviará otro. En este caso el cambio se efectuará siempre por el mismo artículo o referencia. Solamente te será facturado el primer envío, haciéndose cargo [la empresa vendedora] de los portes correspondientes a la devolución y nuevo envío. Si desearas efectuar un cambio por otro artículo, los gastos de devolución y nuevo envío no serán asumidos por [la empresa vendedora]». Esta condición es abusiva en tanto en cuanto si el producto es defectuoso, el consumidor tiene derecho no sólo a la sustitución sino a la reparación a su elección y según los casos a la resolución. Así lo establecen los arts. 118 y 119 del RDL 1/2007 (antiguos arts. 5 y 6 de la derogada Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías de Venta de Bienes de Consumo). El segundo de los artículos comienza: «Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas opciones resulte imposible o desproporcionada»; y el art. 121 (antiguo art. 7 de la ley 23/2003) en cuanto a la rebaja del precio y resolución del contrato, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario (cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia no procederá la resolución). Es posible, según los casos, que la solución de sustitución no sea la procedente para el consumidor, quien pudiera tener más interés en la reparación o la resolución del contrato, siempre de conformidad con los artículos antes mencionados.

3.51\_. Dentro de una condición relativa a las circunstancias que pueden provocar una resolución se recoge que para el caso que sea un regalo:

«Podrá cambiarse si el producto no ha sido desprecintado y esté en perfectas condiciones. Nunca se reembolsará el importe de la compra pero sí se podrá efectuar el cambio por un artículo del mismo importe o superior. Los gastos de envío, y la diferencia de precio si la hubiera, correrán a cargo de la persona que realice el cambio». No parece tener cobijo legal esta limitación al derecho de desistimiento en caso de que el producto adquirido sea un regalo. El artículo 102 del RDL 1/2007, cuando enumera las excepciones al derecho de desistimiento, prevé que no será aplicable el régimen del art. 101 del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que hubiesen sido desprecintados por el consumidor y usuario [apartado c)]; no habla de regalos, sino que atiende al producto de contrato de suministro. Asimismo, el resto de limitaciones no aparecen recogidas en el art. 102. Se trata de una condición que supone una «renuncia o limitación de los derechos del consumidor» y por tanto, abusiva, de conformidad con lo establecido en el apartado 7 del art. 86 del RDL 1/2007. El propio artículo 68.1 segundo párrafo prevé la nulidad de las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o renuncia al mismo. Procede añadir, por último, que, conforme al art. 76 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, cuando el consumidor y usuario haya ejercido su derecho de desistimiento, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas sin retención de gastos.

3.52\_. En otro apartado relativo a la devolución se recoge: «No se admitirán devoluciones de artículos que hayan sido solicitados a [la empresa vendedora] ex-profeso». Para entender conforme a derecho la presente condición se interpretará la expresión «ex profeso» como el supuesto recogido en la excepción del art. 102 b): «contratos de suministro de productos confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados...»

3.53\_. Como nota «IMPORTANTE» dicen unas condiciones generales: «[La empresa vendedora] no devolverá el importe o realizará ningún reenvío de mercancía mientras no se haya verificado la recepción y estado de embalaje

y accesorios del artículo objeto de la devolución o cambio en nuestros almacenes». Ello será conforme siempre teniendo en cuenta lo dicho antes a los límites de devolución permitidos. No puede condicionar el reembolso del importe a la comprobación de límites a la devolución no previstos legalmente o sujetos a la voluntad del empresario.

3.54\_. Otra condición recoge: «Los contenidos del website [de la empresa vendedora] podrían, en ocasiones, mostrar información provisional sobre algunos productos. En el caso que la información facilitada no correspondiera a las características del producto el cliente tendrá derecho a rescindir su compra sin ningún coste por su parte». El segundo inciso de la condición es conforme, si bien procede recordar, en este punto, lo preceptuado en el 61 del RDL 1/2007 en cuanto que el consumidor tiene derecho a exigir lo ofertado y el apartado 2 del art. 89 del mismo cuerpo legal en cuanto que no pueden transmitirse al consumidor y usuario las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

3.55\_. Otra empresa de venta de libros recoge la siguiente condición: «La realización de un pedido a [la empresa vendedora] supone la aceptación por parte del cliente de todas las condiciones generales de contratación estipuladas a continuación». No obstante lo establecido en esta condición y según se ha ido analizando a lo largo del presente informe, la incorporación de las condiciones generales a que lleva la aceptación del consumidor no se produce por la mera realización de un pedido, sino que se requiere el cumplimiento de los requisitos del art. 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

3.56\_. Otra empresa de venta de libros, si bien no tiene condiciones abusivas, no informa del domicilio y razón social de la empresa explotadora del negocio; únicamente, en el apartado relativo a la protección de datos, remite a una empresa italiana y a otra española, con quien se dice colaborar. A este respecto, el artículo 98 RDL 1/2007 obliga a que antes de la ejecución del contrato, se facilite al consumidor información sobre «la dirección del

establecimiento del empresario donde el consumidor pueda presentar sus reclamaciones». Adicionalmente, el artículo 10 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, obliga al prestador de servicios de la sociedad de la información a disponer de los medios que permitan acceder por medios electrónicos a información sobre su nombre o denominación social, su residencia o domicilio o en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España.

#### **IV. GRAN DISTRIBUCIÓN Y ELECTRÓNICA.**

4.57\_. En el sector de la distribución, una empresa incluye en el apartado «condiciones generales de utilización y aceptación de las mismas» de su condicionado que: «Tanto la navegación, como la utilización y/o la adquisición de cualquiera de los productos de la Tienda, suponen la aceptación como Usuario, sin reservas de ninguna clase, a todas y cada una de las presentes Condiciones Generales de Utilización, de las Condiciones Generales de Contratación que en su caso rijan la adquisición de los bienes o la prestación de los servicios, así como en su caso, a las Condiciones Particulares que, en su caso rijan la adquisición de los productos o la prestación de los servicios». Esta cláusula contraviene lo establecido en el art. 5 de la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de Contratación, toda vez que el mero uso o utilización del portal o la navegación no pueden suponer la aceptación de las condiciones generales o particulares de contratación, sino que sólo se tendrán por aceptadas y, por tanto, por incorporadas al contrato, aquellas condiciones generales que reúnan los requisitos del artículo antes mencionado: aceptación y firma de todas las partes, información expresa de su existencia, entrega de un ejemplar; si no se requiere contrato por escrito: anuncio en lugar visible de las condiciones, que se entreguen con el resto de documentación o se garantice una posibilidad efectiva de conocer su existencia; y en caso de contratación electrónica, no necesidad de firma convencional pero sí necesidad de constancia en los términos reglamentariamente previstos de la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, enviando inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán los términos de la misma. Este desarrollo reglamentario es el que se recoge en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre.

4.58\_. Otro apartado señala lo siguiente: «Los precios indicados en pantalla en euros y incluyen el IVA, el transporte y cualquier otro impuesto que fuera de aplicación y serán en todo momento los vigentes, salvo error tipográfico». El art. 61.1 y 2 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre (que sustituye al art. 8

de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio) dispone: «1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato». Así, ha de advertirse, no obstante lo establecido en la condición recogida por la empresa vendedora, que lo publicitado es exigible; atendiendo, además, que conforme al apartado 2 del art. 89 del RDL 1/2007 (anterior apartado 21 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984) el consumidor y usuario no han de responder de los errores administrativos o de gestión.

4.59\_. Otra condición se refiere a la «Forma de pago, entrega y desistimiento de los pedidos». En ella se señala: «No se podrán devolver los artículos vendidos como oportunidades y en general productos bajo pedido directo al fabricante. La mercancía debe entregarse a nuestro transportista en perfecto estado, empaquetada en un envoltorio cerrado y sellado...» Los artículos 68 a 79, ambos inclusive, del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, regulan el derecho de desistimiento. En particular, los artículos 101 y 102 se refieren al derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia; suplen a los arts. 44 y 45 de la Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, para compras celebradas por consumidores. El art. 102 enumera las excepciones al derecho de desistimiento. Son las excepciones ahí recogidas y no otras las que pueden limitar o restringir el derecho de desistimiento. Las excepciones al derecho de desistimiento son: en contratos de suministro de bienes cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el empresario no pueda controlar; en contratos de suministro de productos confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez; en contratos de suministro de grabaciones sonoras o



de vídeo, de discos y de programas informáticos que hubiesen sido desprecintados por el consumidor y usuario, así como los ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente; en contratos de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas; en contratos de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor y usuario, ante de finalizar el plazo de siete días hábiles; y en los contratos de servicios de apuestas y loterías. Entre estas exclusiones legales no aparece la no devolución de artículos vendidos como oportunidades ni los que no se entreguen cerrados y sellados. Respecto al empaquetado en un envoltorio cerrado y sellado que cubra su embalaje original, la única limitación que aparece en el art. 45 es la relativa a los contratos de suministro de grabaciones sonoras o de video, discos o programas informáticos. Estas limitaciones serían contrarias a lo establecido en estos preceptos y por tanto pueden ser calificadas de abusivas (siempre y cuando entendiendo el término devolución como desistimiento). Supone una merma del derecho de devolución del consumidor, derecho básico en la compra a distancia. Cualquier limitación al derecho de desistimiento distinta de las previstas legalmente, supone una imposición de las sancionadas por el apartado 7 del art. 86 RDL 1/2007 y debe reputarse abusiva.

De otro lado, el propio artículo 101.2 del RDL 1/2007 prevé la nulidad de pleno derecho de las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o renuncia al mismo.

4.60\_. El mismo condicionado señala más adelante: «Si el producto llegara en mal estado por causa del transporte el usuario deberá indicarlo en albarán del transportista y llamar dentro de las 24 horas de su recepción a nuestro SAC, para hacer la reclamación. Después de este plazo [la empresa vendedora] no se responsabilizará de ninguna reclamación por este motivo». Hay que recordar que en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del vendedor el consumidor puede reclamar conforme a lo

establecido en forma y tiempo en los artículos 1101 y siguientes y 1969 y siguientes del Código Civil. El hecho de que transcurridas 24 horas la empresa vendedora no se responsabilice por los defectos del producto (se dice que por el transporte, aunque es posible que los vicios puedan tener su origen en defectos de fabricación) es una estipulación irregular que además supone una exención de responsabilidad improcedente. El vendedor no puede eximirse de los daños causados por gestión y subcontrataciones de servicio. Y ello sin entrar en la consideración sobre la dificultad probatoria a cargo del consumidor sobre este extremo. Hay que recordar el art. 128 del RDL 1/2007: «Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar». Asimismo, el art. 133 del RDL 1/2007 prevé que la responsabilidad no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero; aunque el sujeto responsable que hubiere satisfecho la indemnización puede reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño.

Por último, apuntar que, con independencia de la calificación de abusiva del pacto en virtud de lo establecido en el art. 82 y siguientes, conforme al art. 130 del RDL 1/2007, es ineficaz frente al perjudicado este tipo de cláusulas.

4.61\_. Otra condición del clausulado recoge: «3.1. [La empresa vendedora], únicamente responderá de los daños que el Usuario pueda sufrir como consecuencia de la utilización de la Tienda cuando dichos daños sean imputables a una actuación dolosa de esta compañía. El Usuario reconoce y acepta que la utilización de la Tienda, así como la adquisición de los productos en él ofrecidos se realiza bajo su entero riesgo y su entera responsabilidad». La exclusión de responsabilidad por actuaciones no

dolosas es una exención de responsabilidad ilegal. La responsabilidad civil no sólo nace de la actuación dolosa, sino asimismo de la culposa o negligente. Es el caso de los daños causados por los defectos de los productos; sólo puede eximirse el productor de responsabilidad en los casos previstos en el art. 140 y cuando el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que ésta deba responder civilmente (art. 145). En caso de los daños y perjuicios causados por los servicios, no responderán los prestadores si prueban que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio (art. 147).

En otro apartado se dice: «[La empresa vendedora] no se hace responsable de los perjuicios que se pudieran derivar de, con carácter meramente enunciativo y no limitativo (i) Inferencias, omisiones, interrupciones, virus informáticos, averías y/o desconexiones en el funcionamiento operativo de este sistema electrónico o en los aparatos y equipos informáticos de los Usuarios, motivadas por causas ajenas a [la empresa vendedora], que impidan o retrasen la prestación de los servicios o la navegación por el Sistema; (ii) Retrasos o bloqueos en el uso causados por deficiencias o sobrecargas de Internet o en otros sistemas electrónicos; (iii) Que puedan ser causados por terceras personas mediante intromisiones ilegítimas fuera del control de la Tienda y que no sean atribuibles a [la empresa vendedora]; (iv) Las divergencias de la información, documentación y/o demás contenido de la Tienda que pudieren existir entre la versión electrónica y la versión impresa; (v) De la imposibilidad de dar el Servicio o permitir el acceso por causas no imputables a [la empresa vendedora], debidas al Usuario, a terceros, o a supuestos de fuerza mayor». Esta condición es contraria a lo establecido en los artículos 128 y siguientes del RDL 1/2007. Asimismo, ha de tenerse en cuenta nuevamente el apartado 2 del art. 89 (apartado 21 de la derogada Ley 26/1984) por el que el usuario no ha de asumir las consecuencias de los errores administrativos o de gestión que no le sean imputables y como tales han de entenderse los problemas que surjan en el medio de compra que utilice el vendedor, siempre que no exista

responsabilidad del consumidor usuario. Especial mención merece el apartado iv) de esta cláusula, por su posible contravención del art. 61 del RDL 1/2007.

4.62\_. Otra empresa del sector de la distribución incluye la siguiente cláusula en su condicionado: «[La empresa vendedora] se reserva el derecho a modificar unilateralmente, en cualquier momento y sin aviso previo, los precios de los Productos, así como a suspender o cancelar su venta de forma temporal o definitiva». Esta cláusula es conforme en la medida en que no se hayan aceptado las condiciones generales afectadas; pueden modificarse antes de la aceptación, una vez aceptadas han de respetarse.

4.63\_. En otra condición se dice: «[La empresa vendedora] no asumirá responsabilidad alguna por retraso en la entrega de los pedidos cuando dichos retrasos no sean directamente imputables a [la empresa vendedora] o en casos de fuerza mayor en los términos y condiciones previstos en las presentes Condiciones Generales de Compra». Se trata de una limitación y exención de responsabilidad irregular, ilegal, de conformidad con lo establecido en el antiguo art. 25 de la Ley 26/1984 (que prevé la responsabilidad del vendedor de los daños y perjuicios que se causaren, salvo en caso de culpa exclusiva del cliente o de las personas de las que civilmente deba responder) y en virtud del también extinto apartado 21 de la disposición adicional primera de la misma ley, en virtud del cual no pueden imputarse al comprador los errores de gestión. La empresa vendedora, como parte contratante, habrá de cumplir las obligaciones contraídas y asumir su responsabilidad en caso de incumplimiento (también por parte de las personas a su cargo y por él contratadas). El consumidor tiene derecho a reclamarla, artículos 1101 y siguientes del CC y art. 1124 del mismo texto legal; sin olvidar, por lo demás, que será abusiva cualquier cláusula que suponga una limitación de los derechos del consumidor (art. 86.7 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre). Hay que resaltar además que la fuerza mayor por la que prevé la exención de responsabilidad no es la que se define como tal en el Derecho Común, sino que, como dice la propia cláusula «en los términos y condiciones previstos en las presentes Condiciones Generales de

Compra»; si atendemos a la condición 5 que define la fuerza mayor se observa que algunos de los supuestos recogen errores de gestión o administración que no pueden imputarse al consumidor y constituyen exención de responsabilidad irregular.

4.64\_. La misma empresa incluye en su condicionado: «A los efectos de las presentes Condiciones Generales se entenderá por fuerza mayor, a título enunciativo pero no limitativo, (i) todo suceso no culposo imposible de prever, o que previsto o previsible, fuere inevitable, (ii) los fallos en el acceso a las distintas páginas web del Supermercado, (iii) los fallos en el suministro de red eléctrica o telefónica, (iv) los datos producidos por terceros o ataques al servidor del Portal (virus) que afecten a la calidad de los servicios y no sean imputables ni a [la empresa vendedora] ni al Cliente, (v) los fallos en la transmisión, difusión, almacenamiento o entrega a terceros de los Productos y demás contenidos del Portal, (vi) los problemas o errores en la recepción, obtención o acceso al Supermercado por parte de dichos terceros, (vii) incendios, (viii) inundaciones o terremotos, (ix) huelgas o conflictos laborales u otros desórdenes sociales que impidan el suministro de los Productos y por tanto el cumplimiento de las obligaciones asumidas por [la empresa vendedora], (x) la escasez o indisponibilidad de combustible o energía eléctrica, (xi) accidentes, (xii) conflictos bélicos, (xiii) embargos comerciales o de cualquier tipo, (xiv) bloqueos, (xv) disturbios, o (xvi) por razón de cualquier disposición gubernamental». Tal y como se ha adelantado, los errores administrativos o de gestión que no pueden imputarse al consumidor (conforme al art. 89.2 del RDL 1/2007) no pueden entenderse como casos de fuerza mayor por los que [la empresa vendedora] pueda eximirse de su responsabilidad, en virtud de lo dispuesto en los artículos 128 y siguientes del citado RDL 1/2007.

4.65\_. En la condición relativa a la ley aplicable y jurisdicción se señala: «Para cualquier cuestión litigiosa derivada de la existencia, acceso, utilización o contenido de las Condiciones Generales de Compra, tanto el Cliente como [la empresa vendedora], con renuncia expresa a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se someten a la jurisdicción y

competencia exclusiva de los Juzgados y Tribunales de Barcelona». El art. 90.2 del RDL 1/2007 (que sustituye al apartado 27 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984) dispone: «Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: [...] 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble». Este artículo tiene similar contenido al de los artículos 50 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 8 de enero, en que se establece como fuero general el del domicilio del demandado (art. 50), como fuero especial de los bienes inmuebles donde se halle (art. 52) y atendiendo, en todo caso, para los casos de sumisión expresa o tácita los artículos 55 y siguientes.

4.66\_. Otra empresa, en términos similares, incluye la siguiente cláusula: «Las partes, con renuncia de forma expresa a cualquier otro foro que pudiera corresponderles, se someten, salvo en los casos en que no esté legalmente permitido, a la jurisdicción y competencia de los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Zaragoza (España), para la resolución de cualquier cuestión que pudiera suscitarse en relación con las mismas». Desde que en ningún caso está legalmente permitido, esta condición es abusiva (ni para compradores empresas ni para compradores consumidores: el pacto viene prohibido en el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Su contenido puede encuadrarse en el art. 90 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre: «Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: [...] 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble». Este artículo tiene similar contenido al de los artículos 50 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 8 de enero, en que se establece como fuero general el del domicilio del demandado (art. 50), como fuero especial de los bienes inmuebles donde se halle (art. 52) y atendiendo, en todo caso, para los casos de sumisión expresa o tácita los artículos 55 y siguientes.

4.67\_. Esta misma empresa al tratar el derecho de resolución dice: «Para ofrecerte el mejor servicio, si cualquiera de nuestros productos resultara defectuoso, podrás devolverlo contactando con nosotros a través del SERVICIO DE ATENCIÓN AL INVITADO en el 902 [...] o en [...] donde gestionaremos la recogida gratuita, el cambio del producto o la devolución del dinero. Eso sí, recuerda que debes conservar el embalaje original en perfecto estado». No se entiende la limitación de conservar el embalaje original en perfecto estado. No nos encontramos en un derecho de desistimiento definido en el artículo 68 y siguientes del RDL 1/2007 o del art. 101 de la misma norma, sino ante un producto defectuoso. En caso de producto defectuoso habrá que estar a lo dispuesto en el Título V del Libro II del RDL 1/2007 relativo a «garantías y servicios postventa», que sustituye la derogada Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo en el que se prevé un período de garantía mínimo de dos años (art. 123) y en el que no se prevé limitación alguna al derecho de devolución.

En términos similares procede considerar el párrafo con el que continúa esta cláusula: «También puedes acudir a cualquiera de nuestras tiendas en España. No te olvides que debe ser antes de 30 días y con el ticket de compra». Como se ha dicho anteriormente, si se trata de un producto defectuoso cuya regulación se encuentra en el Título V del Libro II del RDL 1/2007 relativo a «garantías y servicios postventa», el plazo para devolución, según los casos, es de dos años (art. 123).

4.68\_. Por último, merece señalarse que en el condicionado general de esta misma empresa no se recoge de forma expresa el derecho de desistimiento. Sí se recoge el derecho de devolución en caso de producto defectuoso, pero no el de desistimiento a que se refieren los artículos 68 y siguientes y art. 101 y 102 del RDL 1/2007.

4.69\_. Otra empresa de la distribución de productos informáticos dice: «Salvo convenio especial constatado por escrito, el envío del pedido formulado por el cliente implica su acuerdo con las presentes condiciones generales de venta». Como ya se ha analizado en supuestos anteriores, el

artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación requiere una serie de formalidades para entender incorporadas al contrato las condiciones generales que pretenda en predisponente, así que se firmen por todas las partes del contrato y sean aceptadas por el adherente (en este caso cliente-consumidor). Señala el art. 5 que no puede entenderse que ha habido aceptación de dichas condiciones cuando no se ha informado por el predisponente al consumidor de la existencia de dichas condiciones generales y se la ha facilitado un ejemplar; cuando el contrato no deba formalizarse por escrito para entenderlas aceptadas e incorporadas al contrato ha de anunciarse las condiciones en lugar visible dentro del lugar en que se celebre el negocio, que se inserten en la documentación del contrato que acompaña a su celebración o que de cualquier otra forma se garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido al momento de la celebración; además, en el caso de contratación electrónica, como en este caso, es necesario que se acepten todas y cada una de las cláusulas del contrato (en los términos reglamentariamente previstos), sin necesidad de firma convencional y en este supuesto se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada donde constarán todos los términos de la misma. En este caso, el mero envío del pedido formulado por el cliente no puede implicar el acuerdo –y mucho menos aceptación a los efectos de incorporación– de las condiciones generales de venta como prevé esta condición. En relación a esta cláusula, son de aplicación los arts. 82 y siguientes del RDL 1/2007, que regula las cláusulas abusivas y su nulidad, y la propia Ley 7/1998, que en el art. 8 establece la nulidad de las condiciones generales que contravengan lo dispuesto en la misma. De otro lado, el artículo 7.A) de la Ley 7/1998 establece que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente (consumidor) no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato.

4.70\_. En la misma estipulación, más adelante se dice: «La información que figura en los catálogos y las listas de precios es sólo a título indicativo. [La empresa vendedora] podrá modificarlos en cualquier momento, sin previo



aviso, en función de la evolución de las condiciones económicas, con el objeto de tener informado puntualmente al cliente de dichos cambios». Hay que recordar que el art. 61 del RDL 1/2007 (anterior art. 8 de la derogada Ley 26/1984) permite al consumidor exigir lo que se le oferta, es decir que la información que aparece ofertada es la que puede exigir el consumidor. Asimismo, en cuanto a la lista de precios, es contenido indispensable en la información a dar por el vendedor el precio incluidos todos los impuestos antes de iniciar el procedimiento de contratación (art. 60 del RDL 1/2007), estableciéndose como cláusula abusiva en el apartado 10 del art. 85 (anterior apartado 7 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984) las que prevean «la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado. Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio». En definitiva, se comprende que las listas puedan ser modificadas en cualquier momento, siempre que se respeten los precios de los pedidos realizados por los compradores antes de la modificación; lo que resulta abusiva es la previsión de que dichas listas de precios puedan ser indicativas; el contrato (y menos uno de sus elementos esenciales) no puede quedar al arbitrio de una de las partes (art. 1256 del Código civil).

4.71\_. De la misma empresa, la condición que se refiere a la entrega dice: «Los plazos de entrega dependerán de la disponibilidad de cada producto. En los pedidos de varios artículos se hará un único envío que se corresponderá con el artículo cuyo plazo de entrega sea mayor. Estos plazos son a título orientativo y [la empresa vendedora] se esfuerza en respetarlos. No obstante, su demora no implicará la anulación del pedido ni indemnización alguna». Si la demora en la entrega fuera superior a 30 días, la ley reconoce al consumidor la posibilidad de entablar reclamación. En efecto, en el artículo 103 del RDL 1/2007 (anterior art. 43.1 de la Ley 7/1996)

se regula el plazo de ejecución y pago en las ventas a distancia y dispone que salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el vendedor deberá ejecutar el pedido a más tardar en el plazo de treinta días a partir del día siguiente a aquel en que el comprador le haya comunicado su pedido.

4.72\_. La misma condición dice: «Corresponde al destinatario verificar los productos a la recepción de los mismos y exponer todas las salvedades y reclamaciones que puedan estar justificadas. El cliente dispondrá de 24 horas para comprobar la integridad de todos los componentes del producto así como comprobar que incluye todos los accesorios indicados en la página de producto. Pasado ese tiempo se dará por aceptado la integridad y contenido del producto. Las entregas se efectuarán con gastos a cargo del Cliente, siempre que no se den las circunstancias que impliquen envíos gratuitos». Esta condición se puede reputar abusiva en cuanto limita el derecho del consumidor a reclamar en los plazos y formas establecidos en el derecho común. El consumidor tiene derecho a reclamar de conformidad con lo dispuesto en el art. 1101 y 1124 del Código Civil, en el tiempo de prescripción a que se refieren los artículos 1961 y siguientes del mismo cuerpo legal, y además en la forma y plazo de dos años regulados en el art. 123 del RDL 1/2007 y en general en el Título V del Libro segundo, en materia de garantías.

4.73\_. De la misma empresa, la relativa a las devoluciones señala lo siguiente: «Antes de realizar cualquier tipo de devolución, debes llamar a nuestro Call Center 902 [...] para que sea autorizada y poder agilizar los trámites posteriores. Para envíos erróneos dispones de un plazo de 24 horas para comunicarlo. Debes enviar los productos en perfectas condiciones y con su embalaje original, incluyendo todos los accesorios (drivers, manuales, cables, etc). Es importante que nos devuelvas los productos perfectamente embalados y con una copia del email que recibirás en tu correo cuando nos solicitas la devolución. Una vez recibidos los artículos en nuestros almacenes y comprobado que se cumplen las condiciones anteriores, procederemos al reintegro del importe». Esta condición es abusiva toda vez que supone límites al derecho de desistimiento reconocido al consumidor. El

art. 101 del RDL 1/2007 regula el derecho de desistimiento en el caso de contratos celebrados a distancia. En este artículo no se condiciona el derecho de desistimiento a previa autorización del vendedor, como tampoco se prevé esta posibilidad. En igual sentido, con carácter general, en los artículos 68 y siguientes del citado RDL 1/2007. Es el propio Real Decreto el que regula, en el art. 102, los límites o excepciones a este derecho. Así pues, no puede condicionarse el desistimiento a la autorización como prevé este artículo. Entregar el producto sin desprecintar es una de las excepciones que prevé el art. 102 para los contratos de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, por lo que, en principio, no es contraria esta limitación. Sí podría suponer limitación irregular el comunicar el envío erróneo en un plazo de 24 horas. El envío de producto erróneo se regula en el art. 100 RDL 1/2007 (anterior art. 42 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista); corresponde al vendedor la carga de probar que el envío se debía a un error para no aplicar la regulación de los dos primeros apartados del art. 100 RDL 1/2007 («Queda prohibido suministrar al consumidor y usuario bienes o servicios no pedidos por él al comerciante cuando dichos suministros incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza. En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el consumidor y usuario receptor de tales artículos no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio. En caso de que decida devolverlo no deberá indemnizar por los daños o desméritos sufridos por el bien o servicio») y en todo caso el receptor tiene derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieren causado.

4.74\_. La misma empresa incluye la siguiente cláusula en relación con las garantías: «[La empresa vendedora] hace sus mejores esfuerzos para que la información que aparece sea correcta, pero no puede garantizar la exactitud en las descripciones. Los productos pueden sufrir pequeñas variaciones en cuanto a las especificaciones, colores u otras características de diseño». Hay que recordar que, conforme al art. 89.2 del RDL 1/2007, no pueden transmitirse al consumidor y usuario las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables. Asimismo,

debe tenerse en cuenta que el art. 61 del citado Real Decreto prevé que el consumidor y usuario puede exigir lo anunciado («La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas y económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad del contrato».)

4.75\_. En la misma condición se prevé: «[La empresa vendedora] no otorga ninguna garantía sobre productos o servicios de terceros. Los productos disponen de la garantía que ofrezca el fabricante en cada caso. La cobertura de la garantía dependerá igualmente del fabricante y del tipo de producto». El art. 114 del RDL 1/2007 (anterior art. 4 de la derogada Ley 23/2003 de 10 de julio de Garantías de Venta de Bienes de Consumo) prevé que el vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto. En los términos del Real Decreto se reconoce al consumidor y usuario el derecho a la reparación del bien, a su sustitución, a la rebaja del precio y a la resolución del contrato. Cualquier limitación o renuncia a estos derechos que se imponga en una cláusula la hacen abusiva, de conformidad con lo establecido en el art. 86.7 del RDL 1/2007.

4.76\_. La condición 7 de esta misma empresa dice textualmente: «[La empresa vendedora] no garantiza la ausencia de virus o elementos similares en los documentos electrónicos y ficheros almacenados en su sistema informático y en su página web, que pudieran producir alteraciones de software y hardware para el usuario. La utilización de nuestra página web y de sus contenidos supone la aceptación por parte del usuario de los anteriores riesgos y, por ello, éste excluye a [la empresa vendedora] de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza derivados de la eventual presencia de virus u otros elementos análogos. [La

empresa vendedora] intentará con todos los medios a su alcance garantizar la seguridad de la información facilitada por los usuarios. No obstante, como es comúnmente conocido, la seguridad en el entorno de Internet no puede ser garantizada en su totalidad, en ningún momento». Nos encontramos ante una condición abusiva encuadrable en el apartado 2 del art. 89 RDL 1/2007 y supone, asimismo, una limitación de responsabilidad irregular, al limitar los derechos legalmente reconocidos al consumidor por el artículo 128 y siguientes (art. 86.7 del RDL 1/2007).

4.77\_. La última condición a analizar de esta empresa es la relativa a la ley y jurisdicción aplicables. En ella se dice: «Las presentes condiciones generales de uso se rigen por las Leyes Españolas. Cualquier controversia en relación con el sitio web de [la empresa vendedora] se sustanciará ante la jurisdicción española, sometiéndose las partes a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Madrid, y sus superiores jerárquicos, con expresa renuncia a sus fueros si lo tuvieren y fueran diferentes de los reseñados». Esta cláusula es abusiva visto su contenido y lo preceptuado en el art. 90 que desarrolla el grupo f) del art. 82.4 del RDL 1/2007 (apartado 27 primer inciso de la disposición adicional primera de la derogada Ley 26/1984), así como lo establecido en el art. 50 y siguientes de la LEC.

4.78\_. Otra empresa incluye la siguiente cláusula en su condicionado: «El uso del Portal y la compra de cualquier artículo de los Ofertados en el Portal suponen al aceptación expresa por parte del Usuario a las presentes Condiciones de Compra y las Condiciones Generales de Uso del Portal». Esta condición es contraria a lo establecido en el art. 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y nula de conformidad con lo establecido 8 del mismo texto legal. El mero uso del portal y la compra del producto no producen por sí solos la aceptación del consumidor y la incorporación de las condiciones generales al contrato, sino que han de darse los requisitos del art. 5 de la citada ley, no entendiéndose incorporadas las condiciones si no se cumplen estos, como preceptúa el art. 7.A) del mismo cuerpo.

CECU  
Noviembre, 2007

Programa subvencionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo - Instituto Nacional del Consumo. Su contenido es de responsabilidad exclusiva de CECU



**CONFEDERACIÓN  
DE CONSUMIDORES  
Y USUARIOS**

c/Mayor, nº 45. 2º. 28013 Madrid  
Teléfono: 91 364 13 84  
Fax: 91 366 90 00  
cecu@cecu.es  
**www.cecu.es**

