



INFORME SOBRE EL POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA DE UN CONTRATO POR LA QUE SE EXIGE AL CONSUMIDOR LA ENTREGA DE CANTIDADES A CUENTA EN EL MOMENTO DE CONTRATAR, ANTES DEL SUMINISTRO DEL BIEN O DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO, SIN QUE LAS MISMAS QUEDEN GARANTIZADAS.

I. Consulta planteada

La Dirección General de Salud Pública y Consumo del Gobierno de La Rioja, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, plantea consulta sobre el posible carácter abusivo de una cláusula de un contrato por la que se exige al consumidor la entrega de cantidades a cuenta en el momento de contratar, antes del suministro del bien o de la prestación del servicio, sin que las mismas queden garantizadas, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una práctica comercial discrecional por parte del empresario o profesional.

La Dirección General manifiesta que se ha constatado la existencia de bastantes casos, en diversos sectores comerciales, en los que el profesional o empresario ha exigido la entrega de cantidades a cuenta para la tramitación de un pedido o servicio y, antes de la finalización del mismo, ha cesado su actividad sin ejecutar el contrato, por lo que el consumidor se ha quedado sin el dinero entregado a cuenta y sin el bien o servicio contratado. A mayor abundamiento, indica que en algunos casos el profesional ha exigido el 50% del importe final por adelantado en el momento de contratar y el restante 50% justo antes del inicio de la ejecución del contrato, ante lo cual el consumidor ha tenido que asumir el abono del precio total por adelantado sin conocer cómo se va a ejecutar el mismo, lo que ha obligado en muchas situaciones a tener que pleitear ante cualquier discrepancia que exista con dicha ejecución.

Por todo ello, teniendo en cuenta el contexto económico de los últimos años, la citada Dirección General plantea si es abusiva o no dicha conducta empresarial, en la medida que los consumidores entregan cantidades a cuenta que no quedan garantizadas, por imposición unilateral del empresario que traslada todo el riesgo del contrato a la parte más débil, el consumidor, generando así un posible desequilibrio entre las partes, toda vez que no existe



contraprestación en el contrato que garantice dichas cantidades, por ejemplo mediante aval o seguro, que cubriera los posibles incumplimientos achacables al empresario.

Considera que resulta evidente que el empresario exige dichas garantías al consumidor por la desconfianza en que éste cumpla con su parte del contrato, sin contraprestación alguna, ya que la entrega a cuenta no queda garantizada, lo que obliga al consumidor a tener que "fiarse" del vendedor cuando éste no parece "fiarse" del consumidor, hecho que puede ser contrario a la buena fe contractual.

Por todo ello, solicita con la pregunta inicial la emisión de un informe para saber si esta conducta empresarial vincula o no el contrato a la voluntad del empresario y si implica o no desequilibrio contractual entre las partes.

Examinada la consulta, y en función del interés general de la misma, la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición considera oportuno proceder a su tramitación de conformidad con el procedimiento aprobado en la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo.

II. Observaciones sobre el fondo del asunto

En relación con la consulta planteada por la Dirección General de Salud Pública y Consumo de La Rioja se formulan las siguientes consideraciones:

Las obligaciones de entrega del bien o ejecución del servicio por parte del empresario y el pago del precio por parte del consumidor y usuario son obligaciones recíprocas, lo que implica que, salvo que normativamente se establezca lo contrario o las partes acuerden expresamente otros procedimientos de pago, entrega y ejecución¹, cada una de ellas sólo es exigible si la otra ya se ha realizado. Por tanto, en los contratos de adhesión, como es este el caso, el pago del precio sólo es exigible en el momento en que se entrega el bien al consumidor y usuario o se ejecuta el servicio.

¹ Ello resulta acorde con las definiciones de contratos de venta y de servicios del artículo 59 bis del TRLGDCU, sobre las obligaciones de las partes, al establecer que el empresario transmite o se compromete a transmitir al consumidor y usuario la propiedad de ciertos bienes o a prestar un servicio y éste en ambos casos paga o se compromete a pagar su precio.



Sin embargo, esto en diversas circunstancias puede ser estimado como un riesgo por el empresario, por lo que uno de los medios que frecuentemente utiliza para asegurarse el pago del precio en el mismo momento en que se perfecciona el contrato (o al menos antes de que se entregue el bien o se ejecute el servicio) es la exigencia de uno o más anticipos parciales del precio, generándose de esta forma una garantía a favor del empresario que coloca a este en mejor posición frente al consumidor, que no obtiene ninguna contrapartida que garantice la entrega o la prestación del servicio.

El posible carácter abusivo de una cláusula de este tenor, incorporada en este caso a las condiciones generales de un contrato de adquisición de bienes o de prestación de servicios, debe examinarse a la luz de las disposiciones que en materia de cláusulas abusivas se recogen en el TRLGDCU.

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

“Artículo 82. Concepto de 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.

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

“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.”*

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

A las autoridades de consumo les corresponde la potestad sancionadora en materia de cláusulas abusivas, quienes podrán sancionar al profesional que utilice cláusulas abusivas en los contratos (art. 49.1, letra i del TRLGDCU).

Partiendo de estas premisas, en el supuesto debatido cabe concluir que se podría apreciar como una cláusula abusiva del contrato aquella que imponga un adelanto o anticipo del precio que resulte desproporcionado al alcance del riesgo o gasto anticipado asumido por el empresario o una imposición injustificada, en cuanto se trata de una condición general incorporada a un contrato que no ha sido negociada individualmente y que, en perjuicio del consumidor y usuario, produce un desequilibrio importante entre los derechos de ambas partes que es contrario a la buena fe.



En concreto, si atendemos a la lista negra que contempla el TRLGDCU veremos que la exigencia de un adelanto o anticipo del precio pudiera contrariar varios preceptos:

- Se vincula un aspecto importante del contrato, como es el momento de la entrega del precio, a la voluntad del empresario (art. 85 TRLGDCU).
- Se podría apreciar falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario, en la medida en que a cambio del anticipo no se establezca una cláusula similar a favor del adherente (art. 87 TRLGDCU).
- Dicha cláusula pudiera encuadrarse más específicamente en el supuesto contemplado en el artículo 88.1 del TRLGDCU que se refiere en concreto a las cláusulas abusivas sobre garantías. Con esta expresión el legislador ha procedido a agrupar aquellas cláusulas en las que se aprecia un abuso por imposición de garantías injustificadas o desproporcionadas para el objeto que se pretende garantizar o asegurar:

“1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presume que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica. (...)”

En el caso objeto de consulta, la exigencia de un anticipo por parte del empresario es una forma de garantizarse el cumplimiento del consumidor y usuario sin que por su parte se garantice de alguna manera que cumplirá las obligaciones que asume en virtud del contrato.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la mayoría de la doctrina ha destacado que este tipo de normas suponen en realidad una remisión a la norma general por abusividad, por cuanto que el carácter desproporcionado de este tipo de cláusulas sólo puede valorarse en atención a las circunstancias del caso concreto, atendiendo a los criterios que enuncia el artículo 82.1.

Por tanto, la imposición de este tipo de cláusulas en un contrato de adhesión por las que se garantiza, al menos parcialmente, el cumplimiento del pago del precio por parte del consumidor y usuario, podría valorarse como abusiva en función de las circunstancias del caso concreto, es decir siempre que la exigencia de dichas cantidades no esté adecuadamente justificada normativamente o en función de las circunstancias concretas del caso, por ejemplo, cuando sea



necesaria la compra de materiales para llevar acabo el encargo o cuando, en otro caso, dichas cantidades estén garantizadas de alguna manera por el empresario. Tal apreciación deberá llevarla a cabo la administración competente en materia de inspección y sanción, a la hora de valorar si se ha producido una infracción de este tipo.

Por otra parte, algunas normas autonómicas establecen la exigencia para el empresario de garantizar las cantidades entregadas por los consumidores y usuarios, con el fin de acotar y elevar su nivel de protección. Así, la Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores de La Rioja, regula la obligación para el empresario de garantizar o avalar las cantidades exigidas al consumidor y usuario como adelanto o anticipo:

Artículo 18. Derechos reconocidos.

“1. En la oferta, adquisición, utilización y disfrute de bienes y servicios, los consumidores tendrán los siguientes derechos:

g) A que no se les exija el pago de cantidades adelantadas o anticipos de cualquier clase si no quedan garantizadas o avaladas. Cualquier establecimiento que venda productos y preste servicios a los consumidores y recoja cantidades entregadas a cuenta de los mismos deberá disponer de un aval o seguro que las garantice. En el momento de la entrega a cuenta se informará por escrito al consumidor del aval o seguro que garantizará dichas cantidades.”

De conformidad con este artículo, se reconoce al consumidor y usuario el derecho a que no se le pueda exigir el pago de cantidades adelantadas o anticipadas si no quedan garantizadas o avaladas. En consecuencia, en el caso objeto de consulta se estaría privando al consumidor y usuario de un derecho reconocido por ley, por lo que tal supuesto podría subsumirse directamente en el artículo 86 del TRLGDCU que regula como cláusulas abusivas aquellas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas, lo que deberá ser valorado en su caso por la Comunidad de La Rioja.

III. Conclusión:

En función de las consideraciones formuladas anteriormente, cabe responder a la consulta formulada por la Comunidad Autónoma de La Rioja en los siguientes términos:



La imposición de estipulaciones o prácticas en el contrato por las que el empresario se cobra del consumidor y usuario, al menos parcialmente, el precio del bien o servicio, será abusiva siempre que dicho adelanto o anticipo no se autorice en la normativa propia del sector o resulte justificada a tenor del caso concreto, en función de los riesgos que asume el empresario, de los que habrá de informar al consumidor y usuario antes de la firma del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde a la Comunidad Autónoma de La Rioja valorar el carácter ilegal y abusivo de este tipo de cláusulas a la luz de las disposiciones de la Ley 5/2013, de 12 de abril.

Madrid, 7 de noviembre de 2016