



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD

aecosan

agencia española
de consumo,
seguridad alimentaria y nutrición

COMISIÓN DE COOPERACIÓN DE CONSUMO CONSULTAS 2016

AÑO 2016	
CONSULTA	TÉRMINOS
Nº - 1	<p>INFORME SOBRE EL COMIENZO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN EL CASO DE CONTRATACIÓN A DISTANCIA DE UN SERVICIO DE TELEFONÍA MÓVIL CON COMPRA DE TERMINAL ASOCIADO.</p> <p>SGADC/2404/2015/F</p>
Nº - 2	<p>INFORME SOBRE LA DENOMINACIÓN "FILETES DE ANCHOA" EN CONSERVAS QUE TAMBIÉN DECLARAN EN EL ETIQUETADO "ORIGEN INGREDIENTE PRINCIPAL: ARGENTINA"</p> <p>SCC/AP/I.6.16/F</p>
Nº - 3	<p>INFORME SOBRE EL POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO DE LA PRÁCTICA CONSISTENTE EN LA EXIGENCIA PREVIA DE LA EXTENSIÓN EN BLANCO DE UN TALÓN DE PAGO DE TARJETA DE CRÉDITO, A MODO DE GARANTÍA DE PAGO, CON OCASIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE DETERMINADOS SERVICIOS.</p> <p>SGADC/2252/2014/F</p>
Nº - 4	<p>INFORME SOBRE LA LICITUD DE LOS PACTOS DE EXCLUSIVA QUE ALGUNAS EMPRESAS INCLUYEN EN LOS CONTRATOS DE MEDIACIÓN INMOBILIARIA Y EL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA CORRESPONDIENTE DEL CONTRATO, CUANDO UNA DE LAS PARTES SEA UN CONSUMIDOR.</p> <p>SGADC/2395/2015/F</p>
Nº - 5	<p>INFORME SOBRE LOS PRODUCTOS QUE CONTIENEN YOGUR. EN CONCRETO LA CUESTIÓN SE REFIERE A LA POSIBILIDAD DE INCLUIR LA PALABRA YOGUR EN LA DENOMINACIÓN DE UN ALIMENTO SI NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS PARA ESTE PRODUCTO</p> <p>SCC/AP/I.18.16/F</p>
Nº - 6	<p>INFORME SOBRE LA LICITUD DE EMITIR Y ENTREGAR FACTURA ELECTRÓNICA A LOS CONSUMIDORES EN LA CONTRATACIÓN Y POSTERIOR FACTURACIÓN PERIÓDICA DE SERVICIOS Y SUMINISTROS DE TRACTO SUCESIVO COMO PRÁCTICA POR DEFECTO O EN BASE A LA INCORPORACIÓN DE UNA CLÁUSULA GENERAL PREDISPUESA, NO NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE E INCLUIDA EN UN CONTRATO DE ADHESIÓN.</p> <p>SGAC/2024/2016/F</p>

<p>Nº - 7</p>	<p>INFORME SOBRE LA UTILIZACIÓN DE "AGUA DE MAR" COMO MEDIO DE COBERTURA EN LA ELABORACIÓN DE MARISCOS (PARTICULARMENTE, EN EL CASO DE MOLUSCOS BIVALVOS) EN CONSERVAS</p> <p>SCC/AP/I.25.16/F</p>
<p>Nº - 8</p>	<p>INFORME SOBRE UN ENVASE O ESTUCHE SURTIDO QUE CONTIENE VARIOS PRODUCTOS (MANTECADOS DE DISTINTAS VARIEDADES Y OTROS PRODUCTOS COMO BOLITAS DE COCO, PELADILLAS, ETC.), ACERCA DE SI PODRÍA OMITIRSE LA INFORMACIÓN NUTRICIONAL O, EN CASO CONTRARIO, CÓMO SE REFLEJARÍA ÉSTA PARA QUE RECOGIERA LA INFORMACIÓN NUTRICIONAL DE TODOS LOS PRODUCTOS QUE COMPONEN EL SURTIDO</p> <p>SCC/AP/I.16.16/F</p>
<p>Nº - 9</p>	<p>INFORME SOBRE CONSULTA RELATIVA AL ETIQUETADO DE PRODUCTOS DE CERDO QUE NO SON 100 % DUROC</p> <p>SCC/AP/I.26.16/F</p>
<p>Nº - 10</p>	<p>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.</p> <p>SGADC/2444/2016/F</p>

INFORME SOBRE EL COMIENZO DEL CÁMPUTO DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN EL CASO DE CONTRATACIÓN A DISTANCIA DE UN SERVICIO DE TELEFONÍA MÓVIL CON COMPRA DE TERMINAL ASOCIADO

La Dirección General de Comercio y Consumo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, plantea consulta sobre sobre el inicio del cómputo del plazo para ejercer el derecho de desistimiento en el caso de contratación a distancia (on line o telefónica) de un servicio de telefonía móvil con compra de terminal asociado.

[\[Volver\]](#)

I. Consulta planteada

Dado que el artículo 104 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, establece un plazo de 14 días para ejercer el derecho de desistimiento a contar o bien desde el día de la celebración del contrato, en el caso de servicios, o bien desde la adquisición de la posición material de los bienes, en el caso de compraventa, generándose la duda sobre qué ocurre en el supuesto de la adquisición de un terminal asociado a la contratación a distancia de un servicio de telefonía móvil.

En función de lo planteado por la Comunidad de Madrid en torno a la interpretación jurídica de las normas del TRLGDCU y del interés general del asunto, 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. Marco jurídico

Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Artículo 59 bis. *Definiciones.*

1. *A los efectos de este libro se entenderá por:*

a) *"contrato de venta": todo contrato en virtud del cual el empresario transmita o se comprometa a transmitir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, incluido cualquier contrato cuyo objeto esté constituido a la vez por bienes y servicios.*

b) *"contrato de servicios": todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y éste pague o se comprometa a pagar su precio.*

c) *"contrato complementario": un contrato por el cual el consumidor y usuario adquiera bienes o servicios sobre la base de otro contrato celebrado con un empresario, incluidos los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento, y dichos bienes o servicios sean proporcionados por el empresario o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el empresario.*

[...]

Artículo 104. *Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el plazo de desistimiento concluirá a los 14 días naturales contados a partir de:

a) *En el caso de los contratos de servicios, el día de la celebración del contrato.*

b) *En el caso de los contratos de venta, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados, [...]*

III. Observaciones sobre el fondo del asunto

En relación con la consulta planteada por la Comunidad de Madrid se formulan las siguientes consideraciones:

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, modificó el texto refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias con objeto de proceder a la transposición de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por medio de la cual se armonizó a nivel europeo el régimen jurídico existente de los contratos a distancia y de los celebrados fuera del establecimiento mercantil, que dota de especial relevancia al derecho de desistimiento que puede ejercer el consumidor una vez perfeccionado el contrato.

Con arreglo al TRLGDCU, en el caso de los contratos a distancia, el consumidor y usuario dispone de un plazo de 14 días naturales para desistir del contrato sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste que no sean los previstos legalmente, siendo nulas las cláusulas que le impongan por ello una penalización.

El momento en el que se iniciará el cómputo de dicho plazo variará en función de que se trate de un contrato de venta o de servicios. En el caso referido en la consulta nos encontramos ante un contrato mixto cuyo objeto es la contratación a distancia (on line o telefónica) de un servicio de telefonía móvil con compra de terminal asociado.

En el artículo 59 bis del TRLGDCU, letras a) y b), se define el «*contrato de venta*» como todo aquel en virtud del cual el empresario transmite o se compromete a transmitir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor paga o se compromete a pagar su precio, incluido cualquier contrato cuyo objeto esté constituido a la vez por bienes y servicios; y el «*contrato de servicios*» como todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y éste pague o se comprometa a pagar su precio.

En la práctica, muchos contratos celebrados entre empresarios y consumidores, a los que se aplica la norma, contienen elementos tanto de servicios como de bienes. En dichos casos, la última parte de la definición del artículo 59 bis, letra a), es pertinente dado que define un contrato de venta también como «*cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios*».

Tal como se indica en el Documento de Orientación elaborado por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, de junio de 2014, para la aplicación de la Directiva, estos contratos mixtos deben considerarse como contratos de venta si los hechos demuestran que su auténtico fin es la transferencia de la propiedad de bienes. Por ello, cada contrato mixto deberá clasificarse dependiendo de su objetivo principal real. Así pues, si el principal fin de un contrato es la transferencia de la propiedad de determinados bienes, deberá clasificarse como contrato de venta aun cuando cubra también ciertos servicios relacionados ofrecidos por el vendedor.

De este modo, el Documento de Orientación considera la compra de un nuevo móvil asociado a una suscripción a un servicio de comunicaciones electrónicas como un ejemplo de contrato cuyo objeto son tanto los bienes como los servicios que, en su caso, deberá considerarse como contrato de venta cuando ésta sea el fin principal del contrato.

Igualmente, la definición de contrato de venta que contempla el TRLGDCU permite clasificar como contratos de venta aquellos contratos en los que la adquisición del teléfono móvil y el servicio de telefonía sean de una importancia igual o comparable para el consumidor.

Sin embargo, cuando resulte claramente que la transferencia de la propiedad del teléfono móvil no es el fin principal del contrato mixto, sino que lo es la prestación del servicio, el contrato debe considerarse como de un contrato de servicios.

Por tanto, la Administración competente para conocer del asunto deberá realizar una evaluación del caso concreto a la hora de determinar si estamos ante un contrato de venta o de servicios, y ello con objeto de valorar cual es el fin principal del contrato o, en su caso, el significado y valor equiparable para el consumidor de ambos aspectos: la adquisición del móvil y la prestación del servicio de telefonía.

A tal efecto será importante tener en cuenta la oferta comercial realizada por el empresario y la comunicación entre las partes, con objeto de comprobar si predominaba el aspecto referido al servicio de telefonía o por el contrario lo es el modelo de teléfono móvil ofrecido al consumidor, o, en su caso, se concluye que ambos aspectos son de un significado o valor equiparable para el consumidor.

Esta interpretación está apoyada por la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia sobre la libre circulación de bienes y la libre prestación de servicios, que sigue siendo

pertinente también en el contexto de esta Directiva. Así, en el asunto C-20/03 Marcel Burmanjer, el Tribunal afirmó que una actividad económica debía examinarse en el contexto o de la libre circulación de mercancías o de la libre prestación de servicios si una de estas libertades «es por completo secundaria con respecto a la otra y puede subordinarse a ella».

En resumen, cada contrato mixto deberá clasificarse dependiendo de su objetivo principal real, y para ello será de gran ayuda conocer el contenido de la oferta realizada por el empresario:

- Si la oferta destaca la adquisición de un nuevo Smartphone de última generación frente a la contratación del servicio, el contrato que se derive de ella será de venta.
- Si, por el contrario, el empresario hace destacar dentro del paquete (servicio más móvil) una promoción del servicio a un precio menor al de la competencia, como táctica para atraer clientes, y el precio del móvil resulta claramente secundario, el contrato podrá estimarse como de servicios.
- Si en la oferta realizada no se destaca por encima del otro aspecto, el servicio de telefonía o la adquisición del teléfono móvil, se presumirá que son de una importancia igual o comparable para el consumidor y, por tanto, el contrato se considerará de venta.

IV. Conclusión:

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

En el supuesto planteado de contratación a distancia (on line o telefónica) de un servicio de telefonía móvil con compra de terminal asociado, se considerará contrato de venta siempre y cuando de la valoración del caso concreto se concluya que el objetivo principal del mismo sea la adquisición de un nuevo teléfono móvil, de tal forma que la transmisión de la propiedad constituya su fin esencial, o bien que el servicio y el teléfono móvil sean de una importancia y un valor igual o comparable para el consumidor, lo que en principio cabe presuponer. En ese caso, el cómputo del plazo de 14 días naturales para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contar desde el momento en que adquiera la

posesión material del móvil. En caso de que claramente predomine la prestación del servicio como fin esencial del contrato, el plazo para el ejercicio del derecho comenzará en la fecha de celebración del contrato.

[\[Volver\]](#)

INFORME SOBRE LA DENOMINACIÓN "FILETES DE ANCHOA" EN CONSERVAS QUE TAMBIÉN DECLARAN EN EL ETIQUETADO "ORIGEN INGREDIENTE PRINCIPAL: ARGENTINA"

En esta Agencia se ha recibido una consulta de la Dirección General de Comercio y Protección de los Consumidores de la Región de Murcia relativa a la denominación "filetes de anchoa" en conservas que también declaran en el etiquetado "Origen ingrediente principal: Argentina".

[\[Volver\]](#)

En relación con el asunto, se informa lo siguiente:

Primero: El Reglamento (UE) nº 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, establece en el artículo 9, apartado 1, letra a) la obligación de que en el etiquetado figure la denominación del alimento. A su vez, en el artículo 17 se detallan los requisitos sobre esta denominación, fijando el apartado 1 que: "*la denominación del alimento será su denominación legal. A falta de tal denominación, la denominación del alimento será la habitual, o, en caso de que esta no exista o no se use, se facilitará una denominación descriptiva del alimento.*". Las definiciones de lo que debe entenderse por dichas denominaciones se encuentran en el artículo 2, apartado 2, letras n), o) y p) del citado Reglamento.

Segundo: El Real Decreto 1521/1984, de 1 de agosto, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria de los Establecimientos y Productos de la Pesca y Acuicultura con Destino al Consumo Humano, fija en el anexo 4 las denominaciones de los productos conservados. En concreto, en el punto 11 establece que la denominación normalizada de la Anchoa corresponde a la especie *Engraulis encrasicolus (L)*, cuando en el proceso de conservación se pasa por una fase de maduración.

Tercero: La información relativa al ingrediente principal haciendo mención al origen "Argentina", puede hacer entrever a los órganos de inspección que la especie utilizada no se corresponde con la *Engraulis encrasicolus (L)*, para la que la norma reserva la denominación "Anchoa" en el caso de los productos conservados (la inspección puede recurrir a bases de datos como las de la FAO "Aquatic Species Distribution Map Viewer" para observar los mapas de distribución de las especies acuáticas, de manera que pueda contar con elementos con los que pueda valorar la información de la etiqueta).

Finalmente, en el caso de que existan sospechas sobre la denominación, el operador responsable de la información alimentaria debería aportar a los órganos de control los datos que permitan comprobar la información declarada, es decir si la especie empleada en la elaboración de la conserva se corresponde de manera inequívoca con la "*Engraulis encrasicolus* (L)".

[\[Volver\]](#)

INFORME SOBRE EL POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO DE LA PRÁCTICA CONSISTENTE EN LA EXIGENCIA PREVIA DE LA EXTENSIÓN EN BLANCO DE UN TALÓN DE PAGO DE TARJETA DE CRÉDITO, A MODO DE GARANTÍA DE PAGO, CON OCASIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE DETERMINADOS SERVICIOS.

La Dirección General de Comercio y Consumo de la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León formula consulta, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, sobre el carácter abusivo de ciertas prácticas consistentes en la exigencia previa de la extensión en blanco de un talón de pago de tarjeta de crédito, a modo de garantía de pago, con ocasión de solicitar la contratación de determinados servicios (alquiler de vehículos automóviles, arrendamientos inmobiliarios, alojamientos hoteleros, alquiler de utillaje, maquinarias, equipos, etc.) a la luz del Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, recogido en la Sentencia de 9 de septiembre de 2014, dictada contra una entidad bancaria, que declara, estableciendo jurisprudencia, que la exigencia de un pagaré como garantía previa en un contrato es una cláusula abusiva.

Asimismo, la citada Dirección General solicita interpretación de la presunción de no existencia de desproporción en los contratos de financiación o de garantías que se recoge en el artículo 88.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante el TRLGDCU), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, a raíz de la misma sentencia.

[\[Volver\]](#)

En función de las dudas que se plantean por la Junta de Castilla y León en cuanto a la interpretación jurídica de las normas del TRLGDCU y del interés general del asunto, 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.

En torno a la consulta se formulan las siguientes consideraciones:

La legalidad de las prácticas a las que se hace referencia, incorporadas en este caso en las condiciones generales de diversos contratos de arrendamiento, deben examinarse a la luz de las disposiciones que en materia de cláusulas abusivas se recogen en el TRLGDCU. De conformidad con tales disposiciones, 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. El apartado 4 de este mismo artículo está referido además 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).

Por otro lado, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 14 de marzo de 2014 establece una serie de indicaciones obligatorias para las autoridades nacionales a la hora de determinar el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato. Así, señala la referida sentencia que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En tal sentido, conforme al artículo 25 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, la situación del consumidor, en caso de falta de acuerdo, es la de no quedar vinculado por la orden de pago hasta que no preste su consentimiento.

El «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor, debe apreciarse también mediante un examen de la situación jurídica en que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. A este respecto, conforme al artículo 37 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, el consumidor puede revocar su consentimiento a la orden de pago, pero la posibilidad de esta actuación no parece suficiente para desvirtuar el carácter abusivo de la práctica, ya que la revocación de la orden por el consumidor puede provocar consecuencias indeseadas que le priven del bien o servicio, como ocurriría en el caso de alquiler de un automóvil que el consumidor necesita para llegar a su domicilio o en la prestación de un servicio turístico cuya privación puede suponer la frustración de sus vacaciones.

También resulta evidente que al delegar la cumplimentación del importe en el profesional, el prestador de los servicios puede actuar de manera abusiva poniendo en el talón una cantidad mayor que la del valor de los bienes o servicios efectivamente entregados o prestados. De este modo, tal como se señala la sentencia del Tribunal Supremo de 9 setiembre 2014, en un caso que presenta semejanzas con el que es objeto de consulta: *"se reserva la entidad prestamista un amplio poder unilateral de determinación de la cuantía, coloca a los prestatarios en una posición con escasas garantías de defensa..."*.

Por lo que se refiere a la exigencia de «buena fe» por parte del empresario, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 14 de marzo de 2014 destaca que debe

comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual. A este respecto, la exigencia de emisión anticipada de una orden de pago en blanco parece una muestra de desconfianza que en modo alguno puede considerarse actuación leal o de buena fe.

Partiendo de estas premisas, en el supuesto debatido cabe concluir que estamos en presencia de una cláusula abusiva por los siguientes motivos: se trata de una condición general incorporada a un contrato que no ha sido negociada individualmente y que, en perjuicio del consumidor, produce un desequilibrio importante entre los derechos de ambas partes que es contrario a la buena fe, en la medida en que, la extensión en blanco de un talón de pago de tarjeta de crédito a modo de garantía supone la obtención de un título cuasi-ejecutivo en cuanto implica una orden de pago irrevocable contra una cuenta del consumidor. Ello permite al prestador del servicio reservarse un amplio poder unilateral de determinación de la cuantía del importe de los servicios finalmente prestados, colocando de este modo al usuario en una posición con escasas garantías de defensa en juicio, por cuanto se produce una inversión de la carga de la prueba que se ve dificultada al desconocerse los elementos de hecho y de cálculo para la liquidación. De este modo se otorga al prestador del servicio una mejora sustancial de su posición jurídica frente al consumidor sin que existan contrapartidas sustanciales para este.

Por último, con independencia de las consideraciones formuladas anteriormente, desde el punto de vista de la liquidación unilateral de la deuda, la sentencia del TJUE señala también criterios sobre el carácter abusivo de la cláusula de liquidación unilateral de la deuda. En tal sentido se indica al juez nacional que se debe tener en cuenta si, a la vista de los medios procesales de que dispone, la cláusula en cuestión dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa (prf. 75). Con relación a este criterio, se puede alegar que la práctica de firmar una orden de pago en blanco dificulta el acceso del consumidor a la justicia ya que le pone ante un pago consumado, contra el que ha de reclamar ante el prestador de los servicios y padecer dificultades probatorias, ya que se invierte la carga de la prueba de los servicios utilizados.

Finalmente pueden resultar de interés los criterios que el TJUE utiliza respecto de la cláusula de intereses de demora, en cuanto se establecen módulos en orden a la determinación de la cuantía de la garantía (prf. 74). Así, mientras que respecto del interés de demora el módulo que determina la proporcionalidad de la indemnización

está en el interés remuneratorio o en el interés legal, en el caso de la práctica de firmar una orden de pago en blanco, el módulo está en el valor de mercado de los bienes o servicios prestados.

En el presente caso, al estar en blanco la orden, no hay posibilidad siquiera de valorar si existe proporción entre la garantía y el riesgo que el profesional asume con la entrega anticipada de un bien o la prestación también anticipada de un servicio, lo que inclina a pensar que también por este motivo de la falta de proporción entre servicio y garantía, la práctica es abusiva.

En función de las anteriores consideraciones, la citada cláusula puede encuadrarse en el supuesto contemplado en los apartados 1 y 2 del artículo 88 del TRLGDCU, que contempla las cláusulas abusivas sobre garantías:

"Artículo 88. Cláusulas abusivas sobre garantías.

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."

Por otro lado, también se podría considerar abusiva desde la perspectiva de la falta de reciprocidad, al proporcionar una mayor seguridad de satisfacción al predisponente, sin prever ningún tipo de compensación o medida equivalente a favor del consumidor (artículos 87.1 y 6 TRLGDCU), sino todo lo contrario, ya que le supone la asunción de nuevas obligaciones:

"Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.

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

(...)

6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato...”

Esta interpretación sobre la nulidad de este tipo de cláusulas por su carácter abusivo viene avalada por la sentencia anteriormente citada del Tribunal Supremo, de 9 de septiembre de 2014, con relación a la firma, en este caso, de un pagaré vinculado con préstamo en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es completado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él. La sentencia ha fijado como doctrina jurisprudencial la siguiente: *“la condición general de los contratos de préstamo concertados con consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por el fiador) de un pagaré, en garantía de aquel, en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria, pues permite al profesional eludir las garantías que la normativa procesal exige en títulos no judiciales para que la reclamación de las cantidades adeudadas por estas operaciones puedan tener acceso a un proceso privilegiado que se inicie con el embargo de los bienes del deudor. Además dificulta la defensa de este al no facilitársele los elementos de hecho y de cálculo utilizados para fijar la cantidad reclamada. Supone una inversión de la carga de la prueba, de forma que será el deudor el que habrá de acreditar la incorrección de la liquidación efectuada por el prestamista, a la par que se le priva del asesoramiento previo a la conclusión del contrato y del control judicial sobre las cláusulas abusivas que puedan existir en el mismo.”*

Por último, en cuanto a la segunda cuestión planteada por la Junta de Castilla y León respecto al segundo párrafo del artículo 88.1 del TRLGDCU, que dispone al efecto que *“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”* cabe entender que esta disposición contempla una excepción concreta a la regla general de considerar tales prácticas como abusivas cuando la garantía en

cuestión haya sido impuesta por una entidad financiera dentro del marco de actuación que le viene delimitado por su normativa específica, sin que tras la consulta realizada a la Subdirección General del Ministerio de Economía y Competitividad se haya informado de normativa específica alguna que permita avalar la realización de tales prácticas, por lo que en consecuencia cabe concluir que la excepción prevista en el artículo 88.1 del TRLGDCU no sería aplicable en este caso.

[\[Volver\]](#)

INFORME SOBRE LA LICITUD DE LOS PACTOS DE EXCLUSIVA QUE ALGUNAS EMPRESAS INCLUYEN EN LOS CONTRATOS DE MEDIACIÓN INMOBILIARIA Y EL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA CORRESPONDIENTE DEL CONTRATO, CUANDO UNA DE LAS PARTES SEA UN CONSUMIDOR.

La Dirección General de Consumo de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, plantea consulta sobre la licitud desde el punto de vista de consumo de los pactos de exclusiva que algunas empresas incluyen en los contratos de mediación inmobiliaria, así como la condición de cláusula abusiva cuando una de las partes fuera un consumidor.

[\[Volver\]](#)

I. Consulta planteada

La consulta se refiere a la práctica que llevan a cabo algunas agencias inmobiliarias de incluir en los documentos contractuales con sus clientes un compromiso en virtud del cual el propietario del inmueble no realizará ninguna gestión por sí mismo encaminada a la venta o arrendamiento de aquel, exigiendo, en caso de incumplimiento, el importe de la comisión pactada, aunque no intervenga en la operación o negocio.

Son por tanto dos las cuestiones planteadas. Por un lado, si la cláusula de exclusiva en el contrato de mediación puede establecer la obligación del propietario ofertante de no realizar ninguna gestión por sí mismo encaminada a la venta o arrendamiento del inmueble, excluyendo su actuación personal y directa para la formalización de la venta. La segunda, si supuestamente aceptado este pacto de exclusiva, el mediador puede exigir, en caso de incumplimiento del mandante del indicado pacto, el importe íntegro de la comisión pactada, aunque no hubiera participado en el buen fin de la operación o negocio.

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 Junta de Andalucía se formulan las siguientes consideraciones:

La cláusula en cuestión se encuentra inserta en un contrato de corretaje en el que un particular realiza el encargo de venta o arrendamiento de su propiedad a una agencia inmobiliaria.

Dicho contrato es un modelo atípico de mediación inmobiliaria, cuya definición y perfiles han sido definidos jurisprudencialmente en numerosas sentencias del Tribunal Supremo (4 de diciembre de 1953, 28 de febrero de 1957, 27 de diciembre de 1962, 22 de diciembre de 1992, 4 de julio de 1994 o 4 de noviembre de 1994). De igual modo, existe una amplia jurisprudencia respecto al derecho de cobro de los honorarios derivados de tales contratos, que de forma general queda supeditado a la condición suspensiva de la celebración del contrato o también si el oferente se ha aprovechado de la labor mediadora para celebrarlo directamente.

Relacionado con este derecho de cobro o devengo de honorarios aparece la cláusula sobre el pacto de exclusividad objeto de la consulta, en virtud de la cual la agencia se reserva el derecho a gestionar la venta o arrendamiento de inmuebles durante un plazo determinado, recogiendo el compromiso del oferente de no gestionarlo por sí mismo. La consecuencia de la falta de cumplimiento de ese compromiso es la exigencia al cliente de la comisión pactada.

Respecto a la primera cuestión planteada, en cuanto a si la cláusula de exclusiva en el contrato de mediación puede establecer la obligación del propietario ofertante de no realizar ninguna gestión por sí mismo encaminada a la venta o arrendamiento del inmueble, excluyendo su actuación personal y directa para la formalización de la venta, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones en sentidos contradictorios, sin que en ningún caso las sentencias se hayan referido a una relación de consumo. Las Audiencias Provinciales también se han pronunciado al respecto en ambos sentidos, si bien, en este caso, una de las partes contratantes sí que era un consumidor. Entre las que han considerado abusiva dicha cláusula destacan las sentencias de las Audiencias Provinciales de Ciudad Real, sección 1ª, de 25 de junio de 2013, de Huelva, sección 1ª, de 5 de febrero de 2010, de Madrid, sección 20ª, de 23 de septiembre de 2009, de Córdoba, sección 3ª, de 2 de marzo de 2009 y de Granada, sección 5ª, de 18 de mayo de 2007.

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia número de 10 de Santander, en su reciente Sentencia de 25 de febrero de 2015, aun reconociendo la disparidad de las sentencias existentes al respecto, declara la nulidad por abusiva de una cláusula que impedía al demandado vender por sí su vivienda durante la vigencia del contrato,

basándolo en la falta de reciprocidad (artículo 87 TRLGDCU), la imposición al consumidor de una limitación injustificada de sus derechos (artículo 86.7 TRLGDCU) y la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta (artículo 85.6 TRLGDCU). Señala esta sentencia que lo único cierto e indiscutible de la cláusula que nos ocupa es que el propietario queda en manos de la inmobiliaria porque ésta se asegura el cobro de la comisión, haya hecho mucho o poco para favorecer la venta.

En cuanto a la falta de reciprocidad el Juzgado afirma lo siguiente: "*no se advierte qué contraprestación añadida ofrece la inmobiliaria a cambio de renunciar el propietario a cerrar la venta por sí. Es cierto que la inmobiliaria, desde el momento en que recibe el encargo, realiza una serie de inversiones en medios materiales y humanos que no sabe si va a rentabilizar. Pero éste es precisamente el riesgo empresarial de tal actividad comercial, análogo al de cualquier corredor o agente*".

Ahora bien, la existencia de sentencias contradictorias en caso de contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación cuando el adherente sea un consumidor y usuario, es un hecho que, sin embargo, no debe ni puede perjudicar sus intereses económicos. Cómo tiene declarada la jurisprudencia europea (a modo de ejemplo, las sentencias del TJUE de 30 mayo del 2013 o de 27 de febrero de 2014), el sistema de protección que establece la Directiva 93/I3/CEE sobre cláusulas abusivas, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el art. 6.1 de la Directiva dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. A este respecto, según se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

En el ámbito procesal, el carácter imperativo de esa disposición, en caso de sentencias de nulidad de una condición general por abusiva, produce la extensión de sus efectos a contratos con consumidores y usuarios no litigantes. Es decir, su extensión "*ultra partes*" sólo se produce en beneficio del consumidor y usuario pero no en beneficio del profesional.

Esta característica se aprecia en el Derecho español en normas como el art. 22 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, al señalar que siempre "*en todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales*", ordena su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación, de modo que, la persona consumidora o adherente que tenga en el contrato una cláusula idéntica o semejante a la declarada nula podrá invocar la sentencia anterior que le favorece. Sin embargo, esa misma sentencia no podrá ser invocada por el profesional predisponente respecto de otras personas consumidoras no litigantes, pero es que ni esa ni aquella otra que haya

declarado la validez de una cláusula semejante siempre que la indicada cláusula hubiera accedido al registro de condiciones generales como cláusula abusiva.

Por tanto, a efectos de la competencia sancionadora de las CC.AA, a la hora de determinar si el consumidor y usuario puede alegar o no a su favor la nulidad de la cláusula de exclusiva en la mediación inmobiliaria, que para cláusulas semejantes ha sido declarada por numerosas Audiencias Provinciales, se puede concluir que, aunque existen sentencias contradictorias sobre la validez o el carácter abusivo de la cláusula de exclusiva en la mediación que impone al propietario del inmueble cuya venta o arrendamiento se persigue, la obligación de no realizar de manera personal y directa gestiones encaminadas a dicha venta o arrendamiento, debe prevalecer la posición de aquellas sentencias que se inclinan por el carácter abusivo de la cláusula, por razón del carácter semiimperativo de las normas de protección de los consumidores, que permiten, exclusivamente en interés de los mismos, la utilización "*ultra partes*" de las sentencias que las favorecen pero no de las que les perjudican.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, relativa al cobro de la comisión, la jurisprudencia es más uniforme en este caso, y el fallo del JPI Santander núm. 10 antes reseñado señala que "*en lo que están unánimemente conformes las Audiencias Provinciales, incluso las que no consideran que este tipo de pactos sean abusivos, es en que toda cláusula penal que, para el caso de incumplir el propietario el pacto de exclusiva, fije una cantidad superior al 50% de la que correspondería en concepto de honorarios de haber desempeñado satisfactoriamente la inmobiliaria el encargo, es una indemnización desproporcionadamente alta, injustificada, y abusiva a tenor del artículo 85.6 LGDCU (y así cabe citar las SSAP Burgos, sec. 3ª 7-II-I2, y sec. 2ª, S 29-7-I1; Barcelona, sec. 13ª, S 31-5-11; y Madrid, sec.2ª,23-9- 09, y sec. 2ª,5-6-07)*". En la hipotética cláusula que se estudia se establece una indemnización equivalente a la totalidad, 100%, de los honorarios estipulados. Se puede afirmar por tanto que resulta uniforme el tratamiento de la cláusula que impone la obligación de asumir el pago de la totalidad de la comisión cuando se vulnera dicho pacto de exclusiva, el cual ha recibido la consideración de cláusula claramente abusiva por desproporcionado.

Por otra parte, esta misma sentencia señala que la única posibilidad que le quedaría a la agencia para reclamar el cobro de una comisión sería la de probar que el comprador/arrendatario de la vivienda ha entrado en contacto con el propietario de la vivienda aprovechando las gestiones de su inmobiliaria, recayendo en este caso sobre ella la carga de la prueba. Al respecto la Sentencia establece que "*la inserción del anuncio de venta de la vivienda por internet, la colocación de un cartel de venta en la vivienda y la realización de cuatro visitas de potenciales clientes, y la inserción del anuncio en la plataforma llevada a cabo con ocho meses de retraso respecto a la firma del encargo [...] no parece un esfuerzo promocional que justifique ni el restrictivo pacto de exclusividad firmado en su día ni el devengo de honorario alguno por una venta en la que no intervino*".

En función de las anteriores consideraciones, cabe concluir que la legalidad de la práctica a la que se hace referencia en la consulta, incorporada en este caso a las condiciones generales de diversos contratos de corretaje, 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. El apartado 4 de este artículo está referido además a la denominada lista negra de cláusulas abusivas, 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 (artículo 83 TRLGDCU), sin perjuicio de la función de control y calificación que corresponde, respectivamente, a notarios y registradores (artículo 23 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, artículo 84 del TRLGDCU y artículo 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 utiliza cláusulas abusivas en los contratos (artículo 49.1. letra i del TRLGDCU).

Partiendo de estas premisas, en el supuesto debatido cabe concluir que estamos en presencia de una cláusula abusiva por los siguientes motivos: se trata de una condición general incorporada a un contrato que no ha sido negociada individualmente y que, en perjuicio del consumidor, produce un desequilibrio importante entre los derechos de ambas partes que es contrario a la buena fe, en la medida en que se otorga al mediador un derecho de cobro de honorarios con independencia de que sus gestiones hayan contribuido o no a la conclusión del contrato de compraventa o arrendamiento, otorgándole una posición jurídica mejorada frente al consumidor que no recibe ningún tipo de contrapartida sustancial a cambio.

En concreto, dicha cláusula puede encuadrarse en el supuesto contemplado en los apartados 1, 4 y 6 del artículo 87 del TRLGDCU, que contempla las cláusulas abusivas por falta de reciprocidad:

“Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.

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

(...)

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.

(...)

6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.”

Por otro lado, también se podría considerar abusiva desde la perspectiva de limitar los derechos básicos del consumidor y usuario, como es la posibilidad de vender o arrendar su propiedad por sí mismo (artículo 86.7 del TRLGDCU):

"Artículo 86. *Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.*

[...]

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

Por último, igualmente podría ser abusiva, de acuerdo con lo establecido en apartado 6 del artículo 85 del TRLGDCU, el establecimiento de una indemnización para el caso de incumplimiento del propietario del pacto de exclusiva, consistente en el pago de los honorarios que le hubieran correspondido al mediador en caso de haber desempeñado satisfactoriamente el encargo, lo que supondría una compensación desproporcionadamente alta e injustificada:

"Artículo 85. *Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario.*

[...]

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

III. Conclusión:

En función de las consideraciones formuladas anteriormente, cabe responder a la consulta formulada por la Junta de Andalucía en los siguientes términos:

Se considera abusiva la cláusula incluida en un contrato de corretaje por medio de la cual el propietario de un inmueble se compromete a no realizar ninguna gestión por sí mismo encaminada a la venta o arrendamiento del mismo, estableciéndose que en caso contrario la agencia inmobiliaria podrá exigir el importe de la comisión pactada, aunque no haya intervenido en la operación o negocio, así como la práctica de las agencias inmobiliarias de exigir el cobro de la totalidad de la comisión pactada en caso de que el oferente del inmueble realice de forma directa la venta o arrendamiento durante el período de exclusividad pactado.

[\[Volver\]](#)

INFORME SOBRE LOS PRODUCTOS QUE CONTIENEN YOGUR. EN CONCRETO LA CUESTIÓN SE REFIERE A LA POSIBILIDAD DE INCLUIR LA PALABRA YOGUR EN LA DENOMINACIÓN DE UN ALIMENTO SI NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS PARA ESTE PRODUCTO

En esta Agencia se ha recibido una consulta de la OCU relativa a los productos que contienen yogur. En concreto la cuestión se refiere a la posibilidad de incluir la palabra yogur en la denominación de un alimento si no se cumplen los requisitos establecidos para este producto.

[\[Volver\]](#)

En relación con el asunto, una vez consultada la Subdirección General de Control y de Laboratorios Alimentarios del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, se informa lo siguiente:

Primero: La Norma de Calidad para el yogur o yoghurt, aprobada por el Real Decreto 271/2014, de 11 de abril, establece en el artículo 1, apartado 1, la siguiente definición:

*"«Yogur» o «yoghurt»: El producto de leche coagulada obtenido por fermentación láctica mediante la acción de *Lactobacillus delbrueckii subsp. bulgaricus* y *Streptococcus thermophilus* a partir de leche o de leche concentrada, desnatadas o no, o de nata, o de mezcla de dos o más de dichos productos, con o sin la adición de otros ingredientes lácteos indicados en el apartado 2 del artículo 5, que previamente hayan sufrido un tratamiento térmico u otro tipo de tratamiento, equivalente, al menos, a la pasteurización.*

El conjunto de los microorganismos productores de la fermentación láctica deben ser viables y estar presentes en la parte láctea del producto terminado en cantidad mínima de 1 por 10⁷ unidades formadoras de colonias por gramo o mililitro."

A su vez, en el artículo 8 relativo a las prohibiciones recoge lo siguiente:

"Queda prohibido el empleo de las palabras yogur o yoghurt en la denominación de cualquier producto, citándolas incluso como ingredientes, si no cumplen los requisitos de esta norma. Dichos requisitos deberán cumplirse, en tales casos, en el momento de su adquisición por el consumidor final."

Segundo: El Reglamento (UE) nº 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, establece en el artículo 2, apartado 2, letra f), que como ingrediente debe entenderse: *"cualquier sustancia o producto, incluidos los aromas, los aditivos alimentarios y las enzimas alimentarias y cualquier componente de un ingrediente compuesto que se utilice en la fabricación o la elaboración de un alimento y siga estando presente en el producto acabado, aunque sea en una forma modificada; los residuos no se considerarán ingredientes"*.

Por otro lado, en el artículo 18, apartados 1 y 2, dedicados a la lista de ingredientes, se recoge que:

"1. La lista de ingredientes estará encabezada o precedida por un título adecuado que conste o incluya la palabra «ingredientes». En ella se incluirán todos los ingredientes del alimento, en orden decreciente de peso, según se incorporen en el momento de su uso para la fabricación del alimento.

2. Los ingredientes se designarán por su denominación específica, conforme, en su caso, a las normas previstas en el artículo 17 y en el anexo VI."

El artículo 17, apartado 1, se refiere a la denominación del alimento en los siguientes términos:

"La denominación del alimento será su denominación legal. A falta de tal denominación, la denominación del alimento será la habitual, o, en caso de que esta no exista o no se use, se facilitará una denominación descriptiva del alimento."

Tercero: Si bien la norma de calidad del yogur no prohíbe el empleo de este alimento como ingrediente de otro que requiera para su preparación una transformación, la cuestión surge de la redacción estricta del artículo 8 y de la propia definición del artículo 1, apartado 1, que exigen en los alimentos en los que se pretenda hacer uso de las palabras yogur o yoghurt – excepción del pasteurizado después de la fermentación - la presencia de microorganismos viables (en un alimento sometido a un tratamiento térmico los microorganismos pueden dejar de serlo).

Cuarto: A la vista de todo lo expuesto, se concluye que el yogur puede emplearse como ingrediente en un alimento, siempre que su forma de estar presente en este último permita dar respuesta a los requisitos del artículo 8 y, en consecuencia, a las exigencias

que lo definen. Finalmente, en estos casos, la denominación legal yogur o yoghurt en la denominación de venta o en la lista de ingredientes se hará conforme a las reglas previstas en el Reglamento (UE) nº 1169/2011.

[\[Volver\]](#)

INFORME SOBRE LA LICITUD DE EMITIR Y ENTREGAR FACTURA ELECTRÓNICA A LOS CONSUMIDORES EN LA CONTRATACIÓN Y POSTERIOR FACTURACIÓN PERIÓDICA DE SERVICIOS Y SUMINISTROS DE TRACTO SUCESIVO COMO PRÁCTICA POR DEFECTO O EN BASE A LA INCORPORACIÓN DE UNA CLÁUSULA GENERAL PREDISPUESTA, NO NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE E INCLUIDA EN UN CONTRATO DE ADHESIÓN.

La Dirección General de Comercio y Consumo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, plantea consulta sobre la licitud, desde el punto de vista de consumo, de emitir y entregar factura electrónica a los consumidores en la contratación y posterior facturación periódica de servicios y suministros de tracto sucesivo (telecomunicaciones, electricidad, agua y gas) como práctica por defecto o en base a la incorporación de una cláusula general predispuesta, no negociada individualmente e incluida en un contrato de adhesión, por la que el consumidor acepta la facturación electrónica; tanto respecto de los contratos celebrados de manera presencial, como en los contratos celebrados a distancia y en los contratos electrónicos

[\[Volver\]](#)

I. Consulta planteada

La Dirección General de Comercio y Consumo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, plantea consulta sobre la licitud, desde el punto de vista de consumo, de emitir y entregar factura electrónica a los consumidores en la contratación y posterior facturación periódica de servicios y suministros de tracto sucesivo (telecomunicaciones, electricidad, agua y gas) como práctica por defecto o en base a la incorporación de una cláusula general predispuesta, no negociada individualmente e incluida en un contrato de adhesión, por la que el consumidor acepta la facturación electrónica; tanto respecto de los contratos celebrados de manera presencial, como en los contratos celebrados a distancia y en los contratos electrónicos.

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 Comunidad de Madrid se formulan las siguientes consideraciones:

La normativa de aplicación en materia de facturación, recogida en el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se procede a la aprobación del Reglamento por el que se regulan con carácter general las obligaciones de facturación, establece la obligación de empresarios y profesionales de expedir y entregar factura o justificante por las operaciones que realicen en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional (art. 1), y permite su expedición en formato electrónico siempre que se garantice su autenticidad, la integridad de su contenido y su legibilidad (art. 8.1) y siempre que el destinatario haya manifestado su consentimiento a recibirlas a través de este medio (art. 9.2).

Esta regulación en el ámbito de la facturación, se establece sin perjuicio de los deberes que sean además exigidos a efectos de la defensa de los consumidores y usuarios, según lo dispuesto en la disposición adicional primera de dicho Real Decreto.

La normativa básica en materia de protección al consumidor, establecida a nivel estatal en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en el primer párrafo de su artículo 63.3, añade una condición adicional para la emisión de factura electrónica por parte del empresario en el caso de que el destinatario sea un consumidor, exigiendo que este consentimiento previo sea expreso:

*"En los contratos con consumidores y usuarios, estos tendrán derecho a recibir la factura en papel. En su caso, la expedición de la factura electrónica **estará condicionada a que el empresario haya obtenido previamente el consentimiento expreso del consumidor**. La solicitud del consentimiento deberá precisar la forma en la que se procederá a recibir la factura electrónica, así como la posibilidad de que el destinatario que haya dado su consentimiento pueda revocarlo y la forma en la que podrá realizarse dicha revocación."*

Esta protección otorgada a los consumidores se completa con la gratuidad de este derecho a recibir factura en papel. Tal y como se indicaba en el Informe SGANAC/15421/2013/F, en respuesta a la consulta formulada desde la Agencia Catalana del Consumo, el cobro a las personas consumidoras por la emisión de facturas en papel es una práctica ilícita, y las cláusulas de este tenor incorporadas a las condiciones generales de un contrato de servicios pueden ser consideradas abusivas, pudiendo dar lugar, en su caso, a la apertura del correspondiente expediente sancionador. Posteriormente la Ley 3/2014, de 27 de marzo, modificó el artículo 63.3 del TRLGDCU para aclarar definitivamente esta cuestión, concretamente en su segundo párrafo:

"El derecho del consumidor y usuario a recibir la factura en papel no podrá quedar condicionado al pago de cantidad económica alguna."

De acuerdo con este marco legal y por lo que se refiere a la contratación electrónica de productos, servicios y suministros, el artículo 23.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico dispone que:

"Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en soporte electrónico".

De esta disposición parece desprenderse que cuando el contrato se celebre por vía electrónica, la factura, y los posteriores recibos en su caso, podrían ser emitidos y enviados en formato electrónico por defecto, sin necesidad de consentimiento expreso, dado que el consentimiento se entiende implícitamente otorgado en la forma elegida por el consumidor para contratar. Sin embargo, el artículo 1 de esta misma Ley, que regula su objeto, establece en su apartado segundo que:

*"Las disposiciones contenidas en esta Ley se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas estatales o autonómicas ajenas al ámbito normativo coordinado, o que tengan como finalidad la protección de la salud y seguridad pública, incluida la salvaguarda de la defensa nacional, **los intereses del consumidor**, el régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, la protección de datos personales y la normativa reguladora de defensa de la competencia."*

Por lo tanto, el artículo 23.3 no afectará a las relaciones con consumidores, que continuarán rigiéndose por su régimen específico más beneficioso, y dicho artículo quedará constreñido a la contratación electrónica con clientes que no ostenten la condición de consumidor.

En consecuencia, el hecho de que la contratación de servicios y suministros se realice por vía electrónica no implica ninguna diferencia respecto a la contratación presencial en cuanto a la necesidad de consentimiento previo expreso para aceptar la facturación electrónica recogido en el artículo 63.3 del TRLGDCU, que forma parte del régimen general establecido para la contratación con consumidores y usuarios, sin que el régimen específico recogido en el texto refundido para la contratación a distancia (Libro II, Título III), haya eliminado dicho requisito aceptando el consentimiento tácito.

Sin embargo, el incremento que ha experimentado en los últimos años la contratación electrónica de servicios y suministros junto con la implantación de la gestión digital en las empresas, ha dado lugar a prácticas de emisión y envío de facturas en formato electrónico a los consumidores y usuarios que no siempre se ajustan a lo anteriormente expuesto. En concreto, la consulta hace referencia a que diversas empresas de servicios incorporan en

sus contratos de adhesión una cláusula de aceptación por parte del cliente de recibir la factura en formato electrónico.

Si bien, como se ha indicado, el Real Decreto 1619/2012 admite el consentimiento tácito a la hora de aceptar la facturación electrónica, no puede entenderse aplicable cuando la parte contratante sea un consumidor, ya que el TRLGDCU ofrece un plus de protección mediante el consentimiento previo expreso. En tal sentido, el artículo 101 del TRLGDCU indica que:

“En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación podrá considerarse como aceptación de ésta”.

En consecuencia, en virtud de este artículo no se puede considerar consentimiento expreso el derivado de la inactividad, silencio o actitud pasiva del consumidor (caracteres propios del consentimiento tácito).

En esa misma línea, se admitiría el uso de las denominadas opciones de inclusión, como mecanismo de manifestación expresa del consentimiento del usuario, al deber ejercer una acción positiva para expresar su voluntad, como es el seleccionar una casilla que previamente no estaba marcada. A sensu contrario, no se admitirán las opciones previamente marcadas por el empresario.

Por lo que se refiere a la práctica de incorporar en el contrato de adhesión una cláusula de aceptación por parte del cliente en cuanto a la recepción de la factura correspondiente en formato electrónico como una condición más del mismo, ello no dejaría más opción al consumidor que aceptar la facturación electrónica si quiere celebrar el contrato, por lo que para que fuese aceptable sería necesario el marcaje positivo de una casilla o una firma específica, a no ser que el empresario pruebe que la cláusula en cuestión ha sido negociada individualmente.

En resumen, la normativa aplicable, tal y como se ha dicho, establece, con carácter general, que en la contratación de servicios y suministros con consumidores y usuarios, la emisión de facturas y recibos en formato electrónico requiere el consentimiento expreso del consumidor y usuario, por lo tanto, la emisión de factura electrónica por defecto, la inclusión de cláusulas predispuestas en los contratos de adhesión en las que el consumidor acepta la emisión de facturas y recibos en formato electrónico y/o la remisión a la página web de la empresa para acceder y descargar las mismas, constituirían prácticas no conformes con la citada normativa de protección al consumidor.

En sentido contrario, será lícita la inclusión de dichas cláusulas en el contrato u oferta del empresario siempre que figuren como una opción no predispuesta que el consumidor puede aceptar o no, debiendo el empresario informar de forma clara y suficiente tanto sobre la posibilidad de revocar el consentimiento otorgado, como del derecho a recibir factura en papel sin coste alguno que tienen los consumidores.

Por último, procede valorar el posible carácter abusivo de este tipo de prácticas. La legalidad de las cláusulas de este tenor, incorporadas en este caso a las condiciones generales de un contrato de servicios, deben examinarse a la luz de las disposiciones que en materia de cláusulas abusivas se recogen en el TRLGCDU.

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:

g) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,

- h) limiten los derechos del consumidor y usuario,*
- i) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,*
- j) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,*
- k) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o*
- l) 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 estamos en presencia de una cláusula abusiva por los siguientes motivos: se trata de una condición general incorporada a un contrato que no ha sido negociada individualmente y que, en perjuicio del consumidor, produce un desequilibrio importante entre los derechos de ambas partes que es contrario a la buena fe. En concreto, dicha cláusula puede encuadrarse en el supuesto contemplado en el apartado 86.7 del TRLGDCU, que contempla las cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario, y dispone al efecto lo siguiente:

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

III. Conclusión:

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

Se considera ilícita y abusiva la práctica consistente en emitir y entregar factura en formato electrónico a los consumidores en la contratación y posterior facturación periódica de servicios y suministros de tracto sucesivo (telecomunicaciones, electricidad, agua y gas), tanto por defecto como en base a la incorporación de una cláusula general predispuesta, no negociada individualmente e incluida en un contrato de adhesión, por la que el consumidor acepta la facturación electrónica, con independencia de que la contratación se realice de manera presencial o a distancia,

incluida la contratación electrónica, de conformidad con la previsión recogida en los artículos 82 y 86.7 del TRLGDCU.

Por excepción a lo anterior, la condición general o práctica que recoja la aceptación expresa de la facturación electrónica, podrá considerarse lícita siempre que sea independiente del contrato de servicios, el cual no quedará condicionado a la aceptación de tal condición general por el consumidor y, siempre que, la misma aceptación vaya precedida de una información suficiente del empresario al consumidor sobre la posibilidad de revocación por parte de este y de la forma de llevarla a cabo, teniendo en cuenta además que tanto la revocación como la recepción en papel de las facturas deberán ser gratuitas.

Madrid, 18 de mayo de 2016

[\[Volver\]](#)

INFORME SOBRE LA UTILIZACIÓN DE "AGUA DE MAR" COMO MEDIO DE COBERTURA EN LA ELABORACIÓN DE MARISCOS (PARTICULARMENTE, EN EL CASO DE MOLUSCOS BIVALVOS) EN CONSERVAS

En esta Agencia se ha recibido una consulta de ANFACO – CECOPESCA acerca de la utilización de "agua de mar" como medio de cobertura en la elaboración de mariscos (particularmente, en el caso de moluscos bivalvos) en conserva.

[\[Volver\]](#)

En relación con el asunto, una vez que se ha consultado a la Subdirección General de Promoción de la Seguridad Alimentaria de esta Agencia, así como a la Subdirección General de Control y de Laboratorios Alimentarios y a la Subdirección General de Economía Pesquera, ambas del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, se informa lo siguiente:

Primero: En el artículo 7, apartado 4 de la Norma de calidad para el mejillón, almeja y berberecho en conserva, aprobada por la Orden de 15 de octubre de 1985, se menciona en relación a los medios de cobertura lo siguiente:

"Se permitirá cualquier otro medio de cobertura a condición de que:

a) Cumpla todos los requisitos de la presente norma y este autorizada su elaboración por la dirección general de salud pública, previo informe de la comisión interministerial para la ordenación alimentaria.

b) Esté suficientemente descrita en el etiquetado y rotulación del producto para evitar que se confunda o induzca a error al consumidor."

De acuerdo con lo señalado se podrá emplear agua de mar limpia como líquido de cobertura, siempre y cuando el agua de mar cumpla con todos los requisitos establecidos para el nivel de exposición máximo (como ingrediente de un alimento listo para el consumo) recogidos en la nota interpretativa de la AECOSAN sobre los requisitos sanitarios para la comercialización de agua de mar de fecha 03/04/2013:

http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/docs/documentos/seguridad_alimentaria/interpretaciones/biologicas/Agua_de_mar_envasada.pdf

Segundo: Por otra parte, en el artículo 10, apartado 1.2, se recoge que: "*10.1.2 El nombre del medio de cobertura que se emplee deberá formar parte del nombre del producto*". Por lo tanto, la mención "agua de mar" deberá formar parte de la denominación del alimento.

Tercero: Por último, se señala que el producto podrá recibir la denominación "al natural", cuando el líquido de cobertura sea salmuera o agua según los puntos 7.1.1 para el mejillón, el 7.2.1 para la almeja y el 7.3.1 para el berberecho, en una concentración inferior al 7 por 100 del cloruro sódico y no lleve ningún otro ingrediente o aditivo. En el resto de los casos no podrá recibir la denominación "al natural" dadas las limitaciones que fija la propia disposición.

[\[Volver\]](#)

INFORME SOBRE UN ENVASE O ESTUCHE SURTIDO QUE CONTIENE VARIOS PRODUCTOS (MANTECADOS DE DISTINTAS VARIEDADES Y OTROS PRODUCTOS COMO BOLITAS DE COCO, PELADILLAS, ETC.), ACERCA DE SI PODRÍA OMITIRSE LA INFORMACIÓN NUTRICIONAL O, EN CASO CONTRARIO, CÓMO SE REFLEJARÍA ÉSTA PARA QUE RECOGIERA LA INFORMACIÓN NUTRICIONAL DE TODOS LOS PRODUCTOS QUE COMPONEN EL SURTIDO

En esta Agencia se ha recibido un oficio de la Dirección General de Consumo de la Junta de Andalucía, por el que se da traslado a la consulta planteada por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen "Mantecado de Estepa", sobre un envase o estuche surtido que contiene varios productos (mantecados de distintas variedades y otros productos como bolitas de coco, peladillas, etc.), acerca de si podría omitirse la información nutricional o, en caso contrario, cómo se reflejaría ésta para que recogiera la información nutricional de todos los productos que componen el surtido.

[\[Volver\]](#)

En relación con el asunto, una vez consultada la Subdirección General de Promoción de la Seguridad Alimentaria de la AECOSAN, se informa lo siguiente:

Primero: El Reglamento (UE) nº 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, establece en el artículo 9, apartado 1, letra l) la obligación de que en el etiquetado figure la información nutricional.

Asimismo, en su artículo 29 y siguientes, se establecen los datos de la información nutricional que deberán figurar en el etiquetado, es decir, el valor energético y las cantidades de grasas, grasas saturadas, hidratos de carbono, azúcares, proteínas y sal, expresado por 100 gramos o 100 mililitros.

Por otra parte, en el artículo 55, sobre entrada en vigor y fecha de aplicación, se especifica que *el artículo 9, apartado 1, letra l), será aplicable a partir del 13 de diciembre de 2016*, sin perjuicio de que, conforme al artículo 54, apartado 2, sobre Medidas transitorias, *entre el 13 de diciembre de 2014 y el 13 de diciembre de 2016, cuando la información nutricional se proporcione voluntariamente, deberá cumplir los artículos 30 a 35.*

De igual forma, en el artículo 31, apartado 4, relativo al cálculo de los nutrientes, se indica que *Las cifras declaradas deberán ser valores medios obtenidos, según el caso, a partir de:*

- a) *el análisis del alimento efectuado por el fabricante;*
- b) *el cálculo efectuado a partir de los valores medios conocidos o efectivos de los ingredientes utilizados, o*
- c) *los cálculos a partir de datos generalmente establecidos y aceptados.*

Segundo: Teniendo en cuenta que la composición nutricional de los productos en cuestión es diferente, se deduce que la información nutricional debe realizarse por cada tipo de producto: mantecados, bolitas de coco, peladillas, etc. Si se consideraría que, se podría unificar en una sola información nutricional, si solo cambia el sabor de los mismos. Al tratarse de un estuche con distintos tipos de alimentos, debe figurar la información nutricional para cada grupo de ellos.

[\[Volver\]](#)

INFORME SOBRE CONSULTA RELATIVA AL ETIQUETADO DE PRODUCTOS DE CERDO QUE NO SON 100 % DUROC

En esta Agencia se ha recibido una consulta de la Agencia Catalana de Consumo relativa al etiquetado de productos de cerdo que no son 100 % DUROC.

[\[Volver\]](#)

En relación con el asunto, consultadas las Subdirecciones Generales de Control y de Laboratorios Alimentarios y de Medios de Producción Ganaderos, ambas del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, se informa lo siguiente:

Primero: La Subdirección General de Medios de Producción Ganaderos, competente para informar sobre aspectos zootécnicos, ha comunicado en el proceso de consulta que:

Existen diversos ámbitos de incorporación de la mención de razas ganaderas en los productos destinados al consumidor. Así, se puede destacar:

- El Real Decreto 4/2014, de 10 de enero, por el que se aprueba la norma de calidad para la carne, el jamón, la paleta y la caña de lomo ibérico, y sus modificaciones.

Este real decreto tiene por objeto establecer las características de calidad que deben reunir los productos procedentes del despiece de la canal de animales porcinos ibéricos, que se elaboran o comercializan en fresco así como el jamón, la paleta, la caña de lomo ibéricos elaborados o comercializados en España, para poder usar las denominaciones de venta establecidas en la presente norma, sin perjuicio del cumplimiento de la normativa general que les sea de aplicación.

En la denominación de venta se recogen las designaciones por tipo racial, dependiendo de la pureza racial del animal, así se permiten los que sean 100% ibéricos y los cruces con Duroc al 50 % y al 75%.

- Hay diversas denominaciones de origen protegidas e indicaciones geográficas protegidas, que recogen en el apartado de descripción del producto de su pliego de condiciones, las características raciales del ganado apto para

suministrar productos que pueden ir amparados por dicha figura de calidad. Por ejemplo IGP "carne de Ávila" o la DOP "queso manchego".

- Existen además marcas colectivas y marcas de garantía, reguladas por la vigente Ley 17/2001 de Marcas, y registradas en la Oficina Española de Patentes y Marcas, que también reflejan en dicha marca el aspecto racial de procedencia de un producto. Algunos ejemplos serían: Carne de retinto (vacuno de raza retinta), Xata Roxa (vacuno de raza Asturiana de los valles), etc.

- Además en el caso de la carne de vacuno y en la de ovino y caprino, existe la normativa que regula etiquetado facultativo para estos productos, que en algunos casos incorpora aspectos raciales.

- Y específicamente, hay que destacar la normativa zootécnica para diferenciar los productos provenientes de razas autóctonas, que es el Real Decreto 505/2013, de 28 de junio, regula el uso del logotipo raza autóctona en los productos de origen animal.

El uso de este logotipo 100% raza autóctona es voluntario por parte de las Asociaciones de criadores, que quieran diferenciar productos que provengan de animales de raza inscritos en el libro genealógico que gestionan. Ya ha sido concedido a 33 asociaciones, tras ser presentado y aprobado un pliego de condiciones.

Es válido para razas autóctonas recogidas en el Catálogo oficial de razas de ganado de España (RD 2129/2008) y por tanto la raza Duroc no se podría acoger al mismo, puesto que no es una raza autóctona, sino una raza "integrada" en nuestro país.

El marco normativo nacional referente a los aspectos zootécnicos es el Real Decreto 2129/2008, de 26 de diciembre, por el que se establece el Programa nacional de conservación, mejora y fomento de las razas ganaderas, destacando dos de las definiciones recogidas en su artículo 2:

"a) Animal de raza: todo animal perteneciente a cualquier raza de interés ganadero y productivo que esté catalogada, inscrito o que pueda inscribirse en un libro genealógico gestionado por una asociación oficialmente reconocida o por un servicio oficial, con el fin de poder participar en un programa de mejora. Será

considerado animal de raza pura aquel cuyos padres y abuelos estén inscritos o registrados en el libro genealógico de la misma raza. Para cada raza podrán establecerse encastes, estirpes o variedades.

f) Libro genealógico: cualquier libro, fichero, registro o sistema informático gestionado por una asociación de ganaderos reconocida oficialmente o un servicio oficial, en el que se inscriban o registren animales de una raza determinada, haciendo mención de sus ascendientes."

Si se acude al artículo 11 que recoge obligaciones de las asociaciones de criadores de razas, se observa que entre ellas se encuentra:

"b) Mantener y gestionar el libro genealógico de su raza expidiendo los documentos relativos a las funciones propias de los libros genealógicos, en especial certificaciones y cartas genealógicas."

La única asociación de ámbito nacional reconocida para la gestión del Libro genealógico de la raza porcina Duroc es la Asociación Nacional de Criadores de Ganado Porcino Selecto (ANPS), y por tanto, esta entidad es la que puede certificar si un animal se encuentra inscrito en el Libro genealógico.

También, existen otras asociaciones de criadores de esta misma raza reconocidas para gestionar la raza Duroc de acuerdo a la normativa zootécnica comunitaria en otros estados miembros de la Unión Europea. El listado de estas entidades figura en la página web de la Comisión en el siguiente enlace:

http://ec.europa.eu/food/animals/zootechnics/legislation/index_en.htm

En consecuencia, solo esas asociaciones oficialmente reconocidas para la gestión de las respectivas razas, pueden verificar y garantizar la raza de los animales que se inscriben en el libro genealógico para ser reproductores y participar en el programa de mejora, para lo cual ya se realizan los trámites pertinentes (declaraciones de cubrición, nacimientos, identificación, control de marcadores genéticos y filiación, si procede, valoración o calificación para la reproducción. pruebas de rendimientos, visitas a explotaciones ...) y los ganaderos pagan por esos servicios.

Cuestión diferente es la acreditación y certificación de los aspectos raciales en los productos que provienen de animales de esas razas, ya que si los descendientes de esos

animales de raza no se inscriben en el libro genealógico (cuestión lógica porque van a ser sacrificados) y en consecuencia, no se realizan esos trámites mencionados anteriormente para la inscripción en el libro genealógico, no es tan sencillo garantizar la trazabilidad a no ser que haya un marco de actuación aprobado, como es en el caso de la norma de calidad del Ibérico, el logotipo 100% raza autóctona o en el resto de normativas mencionadas, en las que se definen las entidades, los controles, el personal y los requisitos para acreditar los aspectos raciales de los animales inscritos a los productos.

Segundo: El Reglamento (UE) nº 1169/2011, de 25 de octubre de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, establece en el artículo 7 referido a prácticas informativas leales lo siguiente:

"1. La información alimentaria no inducirá a error, en particular:

a) sobre las características de alimento y, en particular, sobre la naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, país de origen o lugar de procedencia, y modo de fabricación o de obtención;

(...)

2. La información alimentaria será precisa, clara y fácil de comprender para el consumidor."

A su vez, el artículo 36 al referirse a los requisitos aplicables en la información alimentaria voluntaria, señala que:

"2. La información alimentaria proporcionada voluntariamente cumplirá los requisitos siguientes:

a) no inducirá a error al consumidor, según se indica en el artículo 7;

b) no será ambigua ni confusa para los consumidores, y

c) se basará, según proceda, en los datos científicos pertinentes."

Tercero: En la actualidad los animales no inscritos en el libro genealógico, no tienen garantizada la raza, a no ser que existiera un marco de actuación aprobado (normativa

nacional, comunitaria, marcas colectivas o marcas de garantía) en el cual se definieran los requisitos, la inspección y certificación para acreditar los aspectos raciales desde los animales inscritos a los productos puestos a disposición del consumidor.

En respuesta a la cuestión planteada, el producto alimentario que procede de un animal que no es 100% Duroc, y de acuerdo con lo anteriormente expuesto y atendiendo a las exigencias que el propio Reglamento (UE) nº 1169/2011 establece para que se pueda proporcionar la información de manera voluntaria, se concluye que previamente a la utilización de una mención o cualquier otro signo alusivo a la raza Duroc en ese alimento, debería aprobarse un marco de actuación como los citados anteriormente.

No obstante, a falta de un marco normativo se podría utilizar, siempre y cuando disponga de un sistema robusto de trazabilidad y control, que demuestre con garantías a la autoridad competente de control el porcentaje de la raza indicada, y garantizando a su vez la protección de los intereses del consumidor y la competencia equitativa entre los operadores.

[\[Volver\]](#)

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.

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

[\[Volver\]](#)

II. 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

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.

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.

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 TRLGCDU.

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.*

2. 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:

- m) **vinculen el contrato a la voluntad del empresario,***
- n) limiten los derechos del consumidor y usuario,*
- o) **determinen la falta de reciprocidad en el contrato,***
- p) **impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas** o le impongan indebidamente la carga de la prueba,*
- q) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o*
- r) 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 a cabo 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

[\[Volver\]](#)