

ROUTER, INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE DEVOLUCIÓN¹

Pascual Martínez Espín
Catedrático acreditado de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 24 de junio de 2014

1. Consulta

El presente informe pretende dar respuesta a consulta realizada por la OMIC de Daimiel (Ciudad Real) sobre una serie de reclamaciones recibidas relativas al cobro por Movistar en su facturación del concepto "Router, incumplimiento de las condiciones de Devolución" por un importe de 26 Euros más IVA, resultando un total de 31,46€.

En unos casos, el consumidor no ha devuelto el router porque afirma no conocer dicha obligación. En otros, el usuario ha devuelto el router pero fuera de plazo. Esto es, sin router y sin dinero.

Según parece en los contratos no se refleja esta obligación de devolución por parte del cliente. Sin embargo, Telefónica de España se remite a la cláusula 7.2 apartado c) de las condiciones Generales del Servicio de Alquiler del Modem/Router para Servicios de Banda Ancha, y que se puede consultar en la web de Movistar.

Dicha cláusula señala:

“A la finalización del presente contrato, por cualesquiera de las causas contempladas en la cláusula 13.1, el cliente se obliga a devolver el Modem/Router asociado al servicio dentro los quince días naturales siguientes a la resolución del contrato, de acuerdo con el procedimiento que se le indicará llamando al 1004 o al 900101110 de respuesta profesional. En caso de que el cliente no proceda a la devolución del Modem/Router en el plazo indicado o en caso de que el Modem/Router presentara algún tipo de avería o desperfecto que exceda del solo efecto del uso, faltare alguno de sus componentes o no se ajustare enteramente al modelo provisto por

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

MOVISTAR, ésta facturará en concepto de penalización al cliente el precio correspondiente a dicho Modem/Router, considerando su antigüedad".

A tenor de la condición 4 de las condiciones generales "el servicio de alquiler de Modem/Router tendrá carácter gratuito para los usuarios que tengan contratado con MOVISTAR los servicios de banda ancha en cualquiera de sus modalidades. No obstante el servicio de alquiler del modem/routers multipuerto tendrá una cuota mensual de 0,9 € (1,089 € con IVA) para nuevas altas de servicios de banda ancha con tecnología ADSL y sin MOVISTAR TV".

Si el alquiler del router se realizó antes del 30/9/2009, la operadora no cobra el citado concepto.

La consulta que se realiza es si se está llevando a cabo una práctica abusiva por parte de Telefónica de España, y en caso afirmativo, qué se puede hacer desde la OMIC para que Telefónica devuelva estos importes.

2. ¿Es una práctica abusiva?

Ya hemos visto como el cobro de dicha cantidad está prevista en las condiciones generales de la contratación, si bien el contrato no contiene estipulación alguna al respecto. Por tanto, para determinar si estamos ante una práctica abusiva, la cuestión pasa por pronunciarse sobre si tales condiciones generales forman o no parte del contrato. Esto es, si las condiciones generales superan el control de inclusión y si son conocidas por el usuario. Sería práctica abusiva si concluyéramos que tales condiciones no forman parte del contrato.

El control de incorporación actúa en la fase de perfección del contrato, buscando garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente, por lo que incide en la formación del consentimiento. Como indica su denominación, el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta puede o no incorporarse válidamente en el contrato.

Los requisitos de incorporación se regulan en los arts. 5 y 7 LCG y en los arts. 80 y 81 TR. Puede distinguirse una norma general y tres normas especiales:

1. Norma general: para que una determinada cláusula, condición general o no, se entienda válidamente incorporada a un contrato es preciso que se ubique dentro del documento contractual delante de las firmas de los contratantes. En otro caso, -por ejemplo, si las cláusulas se encuentran en folleto aparte-, deberá existir, entre las demás cláusulas particulares del contrato, una cláusula de referencia a las condiciones generales (art. 5 LCG, arts. 80.1 a) y b) TR). A la regla general puede añadirse la previsión del art. 7 b) LCG, según el cual no quedarán incorporadas al

contrato las cláusulas ilegibles, ambiguas y oscuras. Tampoco las incomprensibles, salvo que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato, todo ello en línea con lo dispuesto en el art 5.5, conforme al cual las cláusulas generales deberán redactarse con criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

2. Contratos celebrados mediante escritura pública. Los adherentes podrán exigir del Notario que no transcriba las condiciones generales en la escritura y que deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo, debiendo comprobar el notario el conocimiento íntegro de las cláusulas por el adherente y su aceptación (art. 5.2, introducido por la Ley 24/2001).

3. Contratos de conclusión rápida (*quick hands transactions*). Bastará con que el predisponente garantice la posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración del contrato, mencionándose de forma ejemplificativa el anuncio de las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebre el negocio, o la inserción en la documentación del contrato.

4. **Contratación telefónica o electrónica**, donde el art. 5.4 (hoy derogado pero de aplicación al caso de la consulta) remite a una norma reglamentaria. El Real Decreto 1906/1999, vigente hasta el 29 de marzo de 2014 y, por tanto, de aplicación a los contratos que motivan la presente consulta, establecía que, previamente a la celebración del contrato y con la antelación necesaria (como mínimo en los 3 días naturales anteriores a aquélla), el prestador del servicio debe facilitar al consumidor, de modo veraz, eficaz y completo, la información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada (telefónica o electrónica), **el texto completo de las condiciones generales de la contratación que se incorporan al contrato**.

Por tanto, no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- **Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato** o cuando no hayan sido firmadas, en los contratos formalizados por escrito.

- Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que regule su transparencia.

Además, serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del consumidor lo dispuesto en la Ley 7/98, de Condiciones Generales de la Contratación o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva.

De este modo, bastaría que las condiciones generales estén publicadas en la web tres días antes de cada contrato para que permitan su posibilidad de conocimiento real y, por tanto, se entiendan incorporadas al contrato. En el presente caso, no consta que estuvieran publicadas con dicha antelación, cuya prueba corresponde al operador (art. 5 RD 1906/1999). Si tal prueba se aportara por la operadora (lo cual es presumible dado que actualmente están dichas condiciones en la web), el cobro por incumplimiento de las condiciones de devolución sería ajustado a derecho. **Pero no basta con que estén publicadas con tres días de antelación sino que el usuario tenga la posibilidad real de conocer tales condiciones: es evidente que si se está contratando un servicio de ADSL y las condiciones están publicadas en la web tres días antes, el consumidor no tiene posibilidad de real de conocerlas.** En este caso, se trataría de una práctica abusiva en el sentido del art. 82 TRLCU. Para la declaración de tal práctica como abusiva, el consumidor deberá acudir a los tribunales. No obstante, tal práctica permite el ejercicio por la Administración competente de la potestad sancionadora (arts. 46 y sig. TRLCU), sin perjuicio de las responsabilidades civiles en que puedan incurrir. Dado que el lugar de comisión de la infracción (*forum delicti comissi*) comprende todo el territorio nacional (art. 47.2 TRLCU), la potestad sancionadora debe ser ejercitada por la Administración Estatal.

3. La nueva Ley de Consumidores

Aunque la Ley 3/2014, de 27 de marzo, no sea de aplicación a los contratos que motivan la presente consulta, debemos señalar que, en materia de incorporación de condiciones generales, la citada Ley:

De un lado, deroga desde el 29 marzo 2014, el número 4 del artículo 5 LCG y el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuyas disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se transpone.

Actualmente, la norma de aplicación estaría actualmente constituida por el art. 27.4 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, según el cual: “Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las



www.uclm.es/centro/cesco

condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario”.

De otro, modifica el párrafo b) del apartado 1 del artículo 80 TRLCU, que queda redactado en los siguientes términos:

«b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.»