ESTUDIO SOBRE EL POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO DE DETERMINADAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES CON ESTABLECIMIENTOS PRESTADORES DEL SERVICIO DE REVELADO FOTOGRÁFICO

Ricardo del Estal Sastre
Profesor Asociado de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.

Es bastante frecuente que el consumidor se encuentre en el mercado ante limitaciones de responsabilidad de los empresarios con los que contrata la adquisición de bienes y la prestación de servicios, limitaciones -o exoneraciones- que se incorporan normalmente a los contratos a través del recurso a condiciones generales que en numerosas ocasiones pueden ser tildadas de abusivas, especialmente cuando con posterioridad se comprueba que aquél ha visto frustradas sus expectativas como consecuencia de un incumplimiento contractual que va ligado a cláusulas que anulan o reducen drásticamente sus posibilidades de obtener una solución satisfactoria o, al menos, acorde con la idea de conformidad.

Dejando a un lado los conflictos que puede plantear el incumplimiento en los contratos de adquisición de bienes celebrados por consumidores, en el caso de los contratos de consumo que consisten en la prestación de un servicio, éstos pueden recaer sobre objetos muy diversos, en los que la casuística es prácticamente infinita. Cabe incluso la posibilidad de que el servicio deba prestarse sobre una cosa cuyo contenido sea oculto o desconocido hasta un momento posterior, momento en el que se materializará a través de procedimientos técnicos cuyo manejo constituye precisamente la actividad principal en la que consiste ese servicio. Dicho de otro modo, la cosa existente antes de la prestación del servicio y la cosa resultante de dicha actividad son distintas. Lo único que las separa es la utilización de un proceso tecnológico *del que depende que llegue a materializarse*. Esta circunstancia es, precisamente, la que marca la diferencia con otros supuestos en los que el límite de la responsabilidad en caso de incumplimiento –normalmente culpable o negligente- por parte del empresario prestador del servicio, es determinado *ex ante*, esto es, previa declaración de valor, a cambio de una prestación suplementaria a cargo del consumidor¹.

¹ Piénsese, por ejemplo, en los casos de servicios de transporte (de mercancías o de viajeros con equipaje facturado), de paquetería, servicios postales, o el servicio del recientemente

El caso que nos ocupa es un claro ejemplo del primero de los que acabo de mencionar. El cliente reclama a un establecimiento de fotografía por la pérdida de un carrete fotográfico que previamente le había entregado para su revelado. La empresa a la que se encargó el revelado del carrete afirma que, a pesar de las innumerables gestiones realizadas con el laboratorio de revelado, el carrete fue definitivamente extraviado y ofrece, como compensación al cliente, carretes de regalo y revelado, de acuerdo con una cláusula que figura en el resguardo de depósito que se entrega a los clientes en el momento de la recepción del material fotográfico, y que literalmente dice así:

“Nuestra responsabilidad queda limitada a la devolución con material virgen del contenido de esta bolsa (películas o negativos), ante cualquier pérdida o accidente durante su manipulación o transporte”.

Con estas premisas, se nos plantean dos cuestiones. Primeramente, habrá que examinar la posibilidad de apreciar el carácter abusivo de la cláusula, para después ofrecer, en función del resultado, una solución satisfactoria para el consumidor al operador jurídico.

2. SOBRE EL POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA. PRENOTANDOS.

La cláusula en cuestión había sido incluida, según dijimos, en el resguardo de depósito que el establecimiento de fotografía entrega al cliente al tiempo de la recepción del material. Todo apunta, en línea de principio, a pensar que se trata de una condición general de la contratación, dado que, básicamente, al consumidor no le ha sido posible negociarla con carácter individual. Es más, cumple todos los requisitos para ser considerada como tal, de acuerdo con la definición del art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC): se trata de una *cláusula predispuesta, cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes* –independientemente de la autoría, apariencia externa, extensión, etc.- y ha sido *redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos*. Desde luego, si en cada operación de revelado se entregaba al cliente un resguardo con la citada leyenda, conteniendo una estipulación redactada unilateralmente, no podemos llegar, *prima facie*, a otra conclusión. Ello nos lleva a la necesidad del control de forma o control de inclusión previsto en el art. 5.2 de la LCGC.

Por otra parte, y dado que se trata de una condición no negociada individualmente y de un contrato realizado por un consumidor, extremo sobre el que llamo especialmente la atención, no sólo procede la aplicación de

regulado contrato de aparcamiento de vehículos. Volveré sobre estos supuestos más adelante para un análisis más detallado.

los criterios de control de tipo formal, sino que también habrá que examinar si la cláusula supera el control de contenido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), de acuerdo con el art. 10 bis.1 y la disp. ad. primera de dicha norma.

3. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL CONTROL FORMAL O DE INCLUSIÓN.

De acuerdo con los datos de los que disponemos, la cláusula había sido incluida únicamente en el resguardo de depósito que habitualmente se entrega al cliente, con la finalidad de identificar el paquete de fotografía resultante del revelado para su posterior entrega a petición de éste.

Si tenemos en cuenta los requisitos que el art. 5.2 LCGC, antes mencionado, exige para entender incorporada una condición general al contenido del contrato, parece que no basta con la mera entrega del documento justificativo de la contraprestación recibida o resguardo. De acuerdo con el precepto, y teniendo en cuenta que el contrato no es, desde luego, uno de aquéllos que deben formalizarse por escrito² -caso en el cual habrían de cumplirse los presupuestos del art. 5.1 LCGC-, además de la entrega del resguardo, el empresario predisponente deberá, bien anunciar las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebre el negocio, bien insertarlas en la documentación del contrato que acompaña a su celebración, o bien garantizar al consumidor adherente, de cualquier forma, una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

Normalmente, no es frecuente observar en este tipo de establecimientos cartel anunciador alguno en la que se establezcan de forma clara y concreta las limitaciones o exoneraciones de responsabilidad del prestador del servicio. Esta forma de incorporación al contrato sí se encuentra específicamente prevista en la normativa reguladora de otros contratos de prestación de servicios a los consumidores³, por medio de

² No lo es, no sólo porque no es uno de aquéllos en los que la forma es elemento esencial del contrato o requisito *ad solemnitatem*, sino tampoco uno de los que exigen constancia documental del contrato conforme a la buena fe y a los usos. Vid. I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 153.

³ Por ejemplo, el Reglamento regulador del servicio de limpieza, conservación y teñido de productos textiles, cueros, pieles y sintéticos, aprobado por R. D. 1453/1987, de 27 de noviembre (art. 4.1.3); o el R. D. 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regulan la actividad industrial y prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes (art. 12); sobre talleres, y para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, existe una reciente regulación que también obliga al prestador del servicio a utilizar este tipo de leyendas como mecanismo de incorporación (Decreto 96/2002, de 25 de junio, de protección de los consumidores en la prestación del servicios por talleres de reparación de vehículos automóviles, art. 10); por último, también el R. D.

leyendas que obligatoriamente deben figurar expuestas al público, incluso con unas dimensiones mínimas.

Tampoco suele ser habitual que los establecimientos de revelado fotográfico entreguen al cliente documentación alguna junto con el resguardo de depósito, puesto que no se plantea, dada la naturaleza del servicio, la utilización de manuales o guías de uso que sí proceden en otros servicios en los que el consumidor debe adoptar un papel más activo (electrodomésticos – singularmente, de tipo informático o relacionados con el uso de nuevas tecnologías-, automóviles, etc.). Es más, aun así, no necesariamente quedaría cumplido el requisito de incorporación si dicha documentación no *acompañase* al contrato, como exige la LCGC, es decir, si no se ha cumplido con la carga de procurar la información en el momento de celebrar el contrato y no en un momento posterior, en cuyo caso no estaríamos ante una *celebración* del contrato, sino ante una *modificación* del mismo⁴.

El método que sí utilizan habitualmente los establecimientos de fotografía, como predisponentes, para incorporar al contrato de prestación del servicio de revelado esas cláusulas de limitación de la responsabilidad es el de la inclusión en el propio documento justificativo de la contraprestación recibida o resguardo de depósito. En el caso concreto en el que se centra este estudio, la cláusula limitativa de la responsabilidad del empresario fue incorporada al contrato de este modo –de *cualquier otra forma* que garantice la cognición por el consumidor de la existencia y contenido de la cláusula, de acuerdo con la redacción de la LCGC-. Creo que, sin perjuicio de la conveniencia de complementar este método de inclusión *obligatoriamente y de manera cumulativa* con el de la leyenda o anuncio en lugar visible, la incorporación no ofrece tacha alguna, pues el adherente ha tenido oportunidad real de conocer la cláusula de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (art. 7.a) LCGC *a contrario*), siempre que haya sido redactada siguiendo criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, cual es el caso.

Con lo que queda salvado este primer control formal o de inclusión o incorporación.

4. EL CONTROL DE FONDO O DE CONTENIDO: EL POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA.

De acuerdo con la tradición en materia de condiciones generales de la contratación, que emana de la doctrina sentada con base en el pionero art. 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, procede a

58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico (art. 8.1.2).

⁴ I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentarios...*, pág. 165.

continuación la utilización de otra herramienta de control que ha sido consagrada en la LGDCU por medio de la reforma operada en su articulado con motivo de la promulgación de la LCGC: el control de contenido, cuya misión es dilucidar si la cláusula sometida a examen es o no abusiva.

Una cláusula se considera abusiva cuando, no habiendo sido negociada individualmente por el consumidor cause, en contra de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (art. 10 bis.1 LGDCU). Estas cláusulas serán abusivas *en todo caso* cuando puedan identificarse con o reconducirse a alguno de los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disp. ad. primera de la LGDCU. Esta es la llamada *lista negra*, que toma partido por una de las posturas posibles para realizar el control de contenido, aunque, como ya sabemos a través de la doctrina, más bien se trata de una *lista gris*⁵.

La consecuencia que deriva, como sanción, de la calificación de una cláusula como abusiva es la nulidad (arts. 10 bis.2 LGDCU y art. 8.2 LCGC), cláusula que se tendrá por no puesta y que, si afecta a una parte del contrato, hará que entre en juego el mecanismo integrador del contrato del art. 1.258 del Código Civil, dado que se tratará de un supuesto de nulidad parcial del mismo.

Teniendo presentes estas premisas, el control de contenido puede no agotarse en la simple subsunción de la cláusula en alguno de los supuestos enumerados en la lista de la disp. ad. primera de la LGDCU, subsunción que puede resultar fallida. Si ello es así, será necesario, en un momento posterior, acudir a lo que podemos denominar *criterios generales de apreciación del carácter abusivo*, que no es sino la definición que acabamos de ver recogida en el art. 10 bis.1 LGDCU. Procedamos, pues, al análisis de la cláusula con esta cronología.

4.1. *El control de contenido mediante el criterio de la subsunción.*

De la redacción de la cláusula se desprende que, en principio, se trata de una limitación de la responsabilidad del prestador del servicio de revelado fotográfico en aquellos supuestos en que se produzca una pérdida del material necesario para proceder al revelado o un accidente durante su manipulación o transporte, esto es, se trata de una limitación de responsabilidad en caso de incumplimiento imputable al empresario. Dentro del catálogo de cláusulas abusivas que recoge la disp. ad. primera de la

⁵ Este método, en lugar de utilizar una enumeración exhaustiva o de *numerus clausus* de cláusulas, se limita a colocar bajo sospecha las cláusulas incluidas en la lista, dejando abierta la puerta a otros criterios de apreciación del carácter abusivo –singularmente las exigencias de la buena fe–, recogidos en el art. 10 bis.1 LGDCU. Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, cit., págs. 766-769.

LGDCU –la *lista gris*- y, más en concreto, en el apartado II (Privación de derechos básicos del consumidor), aparece una cláusula en la que la estipulación que examinamos tiene, aparentemente, encaje perfecto: la que lleva el ordinal 9.^a, que, literalmente, dice así:

“A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:” [...]

9.^a La exclusión o limitación *de forma inadecuada*⁶ de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.”

Si leemos atentamente la cláusula, podemos comprobar que se trata de un claro ejemplo de cláusula sólo *sospechosa* de abuso, lo que significa que el operador jurídico -juez, árbitro, etc.- deberá valorar si efectivamente lo es. Con este tipo de cláusulas de la lista (todas las del apartado II de la disp. ad. primera), el legislador pretende garantizar la intangibilidad de los derechos legales que considera básicos de los consumidores frente una posible derogación total o parcial impuesta por el profesional (se habla de *exclusión, privación, limitación, restricción*⁷). Pero hay algo que, en algunas de ellas – como en la 9.^a-, matiza esa intangibilidad, que es la expresión “de forma inadecuada”, expresión que abre una válvula de escape al intérprete para que valore si, en el caso concreto, la cláusula que en principio puede subsumirse en alguna de las prohibidas, es o no abusiva. Precisamente por esto, la expresión “en todo caso” del art. 10 bis.1 LGDCU, queda en cierta medida desvirtuada al darse entrada a la valoración judicial a través de conceptos jurídicos indeterminados⁸. Esto viene a confirmar lo que *supra* habíamos mencionado sobre el carácter *gris* y no negro de la lista. Acudamos entonces, vista la inutilidad de la subsunción, a la *cláusula general de apreciación del carácter abusivo* del art. 10 bis.1 LGDCU.

4.2. *Last but not least: la “cláusula general de apreciación del carácter abusivo” del art. 10 bis.1 LGDCU.*

⁶ El subrayado es mío.

⁷ Un caso clarísimo de cláusula abusiva por exclusión o limitación inadecuada de los derechos legales del consumidor en casos de incumplimiento sería aquella que impidiera a éste la posibilidad de oponer la excepción de contrato no incumplido, o la que no le permitiera resolver el contrato en caso de incumplimiento o exigir el cumplimiento forzoso de la obligación incumplida o defectuosamente ejecutada; es decir, parece que la cláusula-tipo 9.^a de la lista hace referencia a la exclusión o limitación de los *remedios* con que cuenta el consumidor ante un incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Vid., en este sentido, A. SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 163-164.

⁸ Vid. S. QUICIOS MOLINA, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, cit., págs. 996 y 997. Vid. También, en el mismo sentido, A. SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas ...*, págs. 161-163.

El supuesto que da origen a la reclamación es, desde luego, un supuesto de incumplimiento contractual. Más en concreto, se trata de un supuesto de incumplimiento de la obligación de custodia inherente al depósito del material. Esta es una de las diversas obligaciones en las que consiste la prestación del servicio de revelado. La pérdida del carrete o material análogo genera, de acuerdo con el sistema de responsabilidad contractual establecido en el Código Civil⁹, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, dada la imposibilidad de cumplimiento *in natura*. La consecuencia que deriva de la responsabilidad contractual del empresario prestador del servicio sería, por tanto, la obligación de éste de prestar al consumidor el interés contractual positivo (teniendo en cuenta lo que hubiera sido el cumplimiento en tiempo y forma) más que el negativo (teniendo como referencia la situación hipotética en la que el contrato no se hubiese celebrado); es decir, tendría que proceder al cumplimiento por equivalente y, además, resarcir el daño causado, que siempre será un daño moral. Esto merece una explicación más detallada.

A nadie se le escapa la peculiaridad del objeto de la prestación del servicio¹⁰. Un carrete fotográfico *puede contener* fotografías irrepetibles¹¹. De hecho, la irrepetibilidad es una característica consustancial a las instantáneas fotográficas. Dicho de otro modo, las fotografías son siempre irrepetibles. De ahí que el daño producido por la pérdida o destrucción de un carrete fotográfico o soporte análogo sea irreparable, por supuesto, a través del cumplimiento *in natura*, pero también, por razones obvias, mediante el cumplimiento por equivalente. La reparación del daño sufrido en este caso sólo puede articularse a través de la indemnización del daño moral, si queremos compensar al consumidor-acreedor comparando su situación actual (lo que ahora es su patrimonio) con lo que hipotéticamente debería ser desde el punto de vista jurídico (lo que se denomina *id quod interest*¹²).

⁹ En lo que a nosotros nos interesa, cfr. artículos 1.096, 1.101, 1.103, 1.104, 1.105, 1.106 y 1.107 del Código Civil, fundamentalmente.

¹⁰ *Rectius*, la cosa sobre la que se deben aplicar, para obtener un determinado resultado, las técnicas y los procedimientos de revelado de que disponga el empresario prestador del servicio (parte del servicio que, por cierto, suele ser subcontratada, aunque a nosotros nos lleve a la misma consecuencia en la práctica, puesto que el empresario de fotografía se responsabiliza frente al consumidor de todo el servicio y no puede alegar para exonerarse de su obligación el incumplimiento del laboratorio de revelado de un tercero, por ejemplo).

¹¹ Y digo *puede contener* porque, mientras en otros supuestos de objetos irrepetibles –como por ejemplo, el original de la obra plástica protegida por Derecho de autor, ante un caso de destrucción por el propietario del *corpus mechanicum*-, la cosa ya ha adquirido una realidad física, perceptible por los sentidos, en el caso del carrete –que no puede considerarse soporte- no existe esa materialización o extrinsecación. Por supuesto, también las fotografías pueden ser protegidas por el derecho de autor, pero no el carrete fotográfico, que, en cualquier caso, únicamente constituye una *expectativa*.

¹² Una exposición sumamente didáctica de esta cuestión la podemos encontrar en J. L. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1º (Derecho de obligaciones).

El art. 10 bis.1 de la LGDCU establece tres criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula en la contratación de consumo. En primer lugar, la cláusula debe generar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En segundo término, el desequilibrio mencionado debe serlo en perjuicio del consumidor. Por último, debe resultar contrario a las exigencias de la buena fe.

El desequilibrio que ha de sufrir el consumidor ha de tener cierta entidad, bien porque sus derechos hayan sido reducidos, bien porque los del profesional predisponente hayan aumentado como consecuencia de la inserción de la cláusula en el contrato. Que ese desequilibrio deba ser *importante* significa que debe ser un *plus* respecto de la autonomía privada del art. 1.255 del Código Civil, y que debe ser medido de acuerdo con los patrones de la buena fe contractual. El concepto de “desequilibrio importante” se considera, pues, un concepto jurídico indeterminado que deberá concretarse en cada caso, ya que es imposible definir legislativamente un desequilibrio¹³.

Además, debe ser un desequilibrio injustificado, por contrario a las exigencias de la buena fe, entendiéndose por ésta la buena fe objetiva del art. 1.258 del Código Civil. Es decir, los contratantes deben comportarse según los cánones de honradez acordes con la moral social y las buenas costumbres, de manera que no quede defraudada la confianza del otro contratante (lo razonablemente esperado por él) en que esas reglas de honradez, lealtad y equidad serán debidamente cumplimentadas¹⁴.

A primera vista, la cláusula en cuestión genera un desequilibrio importante e injustificado entre los derechos del cliente y los del empresario prestador del servicio de revelado. El consumidor obtiene, en virtud de la aplicación de la cláusula, una compensación desproporcionadamente inferior a la que le correspondería mediante una hipotética indemnización del daño moral, que, como hemos dicho más arriba, es el único daño reparador del *id quod interest*. La compensación que se le ofrece al consumidor abarca sólo los conceptos indemnizatorios del daño efectivamente producido, sin tener en cuenta las particularidades que ya hemos señalado respecto del objeto del servicio –la irrepetibilidad–.

Ahora bien, si, según parece, la cláusula puede ser abusiva por no contemplar la indemnización del daño moral a través de alguna

Parte general. Teoría del contrato), en la edición de Dykinson, Madrid, 1999, págs. 164-165 y 205-213.

¹³ A esa tarea pueden ayudar las cláusulas recogidas en la lista de la disp. ad. primera LGDCU. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios...*, cit., pág. 757 y 760.

¹⁴ Para ello son relevantes también los usos y las normas dispositivas, como dice R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios...*, cit., pág. 758.

compensación al cliente superior a la del valor del propio carrete virgen (sin revelar) y algún revelado gratuito, ¿en qué cantidad debe cifrarse el valor de esa pérdida sin que se pueda incurrir en un supuesto de infracompensación? Dicho de otro modo, ¿es eficaz, para una adecuada protección del consumidor en este tipo de servicios y ante una situación como la que analizamos, la fijación, con carácter arbitrario, de una indemnización que pueda cubrir el daño moral?

El daño moral es, en lo que aquí interesa, aquel que sufre el acreedor, aparte de en otros bienes o derechos, en intereses carentes de contenido patrimonial, o de un contenido patrimonial relevante, pero que resultan para él de una utilidad inestimable¹⁵. Se caracteriza, en primer lugar, por ser *incommensurable*. No existen límites cuantitativos ni reglas de cálculo que permitan determinar cuál es la indemnización por daño moral procedente en cada caso. Además, el daño moral es *absolutamente imprevisible* y *altamente arbitrario*. La indemnización por daño moral corre siempre el riesgo de pecar por exceso o por defecto, dejando insatisfechos los intereses de consumidor o empresario –casos de infra y sobrecompensación, respectivamente-.

Ello nos da pie para pensar que probablemente haya que matizar la conclusión a la que *prima facie* habíamos llegado sobre el carácter abusivo de la cláusula, puesto que, cualquier indemnización adicional a la prevista (material virgen y revelado), sería arbitraria e injusta, y no corregiría en modo alguno el supuesto desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes, teniendo en cuenta, además -retomando la idea que ya señalaba *supra*-, que el objeto de la prestación del servicio permanece oculto y depende necesariamente de determinadas operaciones o procedimientos técnicos. En otras palabras, habría que preguntarse si el desequilibrio que pretendidamente ocasiona la cláusula es realmente *importante*, y si el establecimiento, sin más, de una compensación reparadora del daño moral, solucionarían dicho desequilibrio. Mucho me temo que la respuesta debe ser negativa.

De todas formas, no estaría de más echar una ojeada a otros casos que pueden tener ciertas similitudes con el que estamos examinando¹⁶, y que quizás nos sirvan de ayuda para llegar a una solución apropiada.

5. ALGUNOS SUPUESTOS SIMILARES.

La prestación principal en la que consiste el servicio de revelado fotográfico guarda cierta relación de analogía con algunos otros casos

¹⁵ R. SÁNCHEZ ARISTI, “Comentario al artículo 1.106”, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 1290-1291.

¹⁶ Ya enumeramos unos cuantos *supra* en la nota 2.

expresamente regulados y en los que la solución adoptada para calibrar la responsabilidad del empresario no depende únicamente de la indemnización del daño moral, como hemos comprobado para aquél. La nota común consiste en el carácter oculto o indeterminado del contenido de la cosa u objeto que se entrega al prestador del servicio para que lo transporte, lo custodie o lo manipule con el fin de obtener un resultado o producto distinto. La mayor parte de los supuestos tienen algo que ver, directa o indirectamente, con el contrato de transporte. Me refiero a los casos de pérdida o deterioro de mercancías en el transporte terrestre o aéreo -incluyendo los servicios de mensajería o paquetería- y en el transporte de viajeros –viajes combinados o no-, respecto del equipaje de éstos, así como el caso de los servicios postales. A mayor abundamiento, y debido a su carácter reciente, también se traerá a colación la regulación del contrato de aparcamiento de vehículos, que consagra un régimen de responsabilidad que puede ser de gran utilidad para el supuesto que estamos examinando.

En primer lugar, el transporte de mercancías y viajeros, en todas sus variantes, ofrece múltiples ejemplos de responsabilidad en caso de incumplimiento por negligencia que pueden ser perfectamente extrapolables al contrato de prestación de servicios que nos ocupa. Sin perjuicio de la posibilidad y del recurso en la práctica al arbitraje de consumo¹⁷, la identidad de razón se observa en las características del objeto de la prestación del transporte. En condiciones normales, el transportista no conoce o sólo tiene una descripción superficial del contenido de los efectos que transporta, bien se trate de paquetes, en el caso de transporte de mercancías, o de equipaje en el de viajeros. Esto es, el contenido permanece también *oculto* o no está descrito en el contrato.

Si se trata de transportes terrestres, el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres¹⁸ establece, en su art. 3º, apartado 1, que “*salvo que expresamente se pacten unas cuantías o condiciones diferentes*, la responsabilidad de los transportistas de *mercancías* por los daños, pérdidas o averías que sufran éstas, estará limitada como máximo a la cantidad de [...]”; en tanto que, “para los transportistas de viajeros por los daños, pérdidas o

¹⁷ De lo que da perfectamente cuenta la monografía de A. CARRASCO PERERA y C. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El arbitraje de consumo. La experiencia de Castilla-La Mancha (1992-1996)*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 46-50. Los conflictos sometidos a arbitraje de consumo traen causa generalmente, en lo que aquí nos interesa, de supuestos de pérdida de paquetes o equipaje y daños causados en los objetos transportados. Por regla general, y con la finalidad de mitigar el rigor de los daños resarcibles y conceptos indemnizatorios legalmente regulados, se adoptan resoluciones que utilizan la equidad como instrumento corrector, que llevan a resultados salomónicos intermedios entre lo que corresponde con arreglo a la aplicación estricta de las normas y lo solicitado por los reclamantes.

¹⁸ Aprobado por Real Decreto 1.211/1990, de 28 de septiembre (B.O.E. núm. 241, de 28 de septiembre de 1990) en desarrollo de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

averías que sufran los *equipajes y encargos* de éstos estará limitada como máximo a la cantidad de [...]", según establece el apartado 2. Teniendo en cuenta que la prueba del pacto de límites o condiciones de responsabilidad diferentes corresponde a la parte que las alegue, para lo que deberá disponer del documento contractual adecuado, cuando esa circunstancia haya sido prevista, "[...] *el transportista podrá percibir una cantidad adicional sobre el precio del transporte en correspondencia al aumento de responsabilidad adicional pactado. La cuantía de dicha percepción adicional será libremente pactada por las partes.*"¹⁹ (apartado 5).

Por poner otro ejemplo, si se trata de transporte aéreo, las normas reguladoras de la navegación aérea²⁰ establecen también una responsabilidad limitada del transportista en casos de destrucción, pérdida, avería o retraso de las mercancías y de los equipajes, facturados o de mano, que si "[...] se transporta(n) *bajo manifestación del valor declarado, aceptado por el transportista, el límite de la responsabilidad corresponde a ese valor.*" (artículo 118, último párrafo), excepto en los casos, como es obvio, de dolo o culpa grave por su parte o la de sus dependientes, en cuyo caso no operará la limitación (art. 121). Por su parte, el Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional²¹, también contiene normas que limitan la responsabilidad del porteador en los mismos casos de pérdida, averías o retraso de equipaje facturado y de mercancías o de cualquier objeto en ellos contenido, "[...] *salvo declaración especial de valor* hecha por el expedidor en el momento de la entrega del bulto al transportista *y mediante el pago de una tasa suplementaria*, si hay lugar a ello. En este caso, el transportista estará obligado a pagar hasta el importe de la suma declarada, a menos que pruebe que éste es superior al valor real en el momento de la entrega."

Como puede advertirse en ambos supuestos, debido a la dificultad de aplicación del sistema tradicional de responsabilidad por culpa –utilizado, por ejemplo, por el Código de Comercio (artículos 355 y siguientes)-, se tasa o cuantifica la responsabilidad en defecto de pacto expreso sobre sus límites, y existiendo tal pacto, se condiciona la asunción de un *plus* de responsabilidad por parte del prestador del servicio a la prestación suplementaria de una cantidad adicional de dinero por parte del cliente, sea remitente de una mercancía o viajero.

¹⁹ Subrayado mío.

²⁰ Aprobadas por Ley 48/1960, de 21 de julio (B.O.E. núm. 176, de 23 de julio de 1960) y cuyas cuantías han sido actualizadas por R. D. 2.333/1983, de 4 de agosto (B.O.E. núm. 215, de 8 de septiembre de 1983) a fin de armonizarlas con las de los convenios internacionales ratificados por España.

²¹ Convenio de 12 de octubre de 1929, ratificado por España el 31 de enero de 1930 (Gaceta de Madrid núm. 233, de 21 de agosto de 1931), modificado por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 (instrumento de adhesión en B.O.E. núm. 133, de 4 de junio de 1973).

En otro ámbito similar, el de los servicios postales y de mensajería o paquetería, también funcionan las cosas de manera parecida –y también el recurso al arbitraje de consumo es relativamente frecuente, en los términos que ya vimos para los transportes-. Para Correos y Telégrafos, la Orden del Ministerio de Fomento de 8 de enero de 1998, que establece las tarifas por la prestación de servicios postales y telegráficos²², dispone en el apartado decimosexto de su Anexo II las indemnizaciones que corresponden por pérdida o sustracción de paquetes, en distintas modalidades de envío, que se cifran en determinadas cantidades “*sin declaración de valor*”, lo que, *a sensu contrario*, implica que, si esa declaración de valor existe, habrá que estar a lo declarado para calibrar la responsabilidad. También hemos examinado el condicionado general de la prestación del servicio de mensajería y paquetería de una de las empresas que operan en el sector, con el mismo resultado: la supeditación de la asunción de una responsabilidad mayor a la establecida legal o convencionalmente a una declaración de valor superior, pagando un cargo adicional²³.

Por último, disponemos, desde hace unos pocos días, de una norma que ha contemplado una figura de naturaleza compleja, que generaba innumerables conflictos de responsabilidad y cuya solución resultaba difícil en la jurisprudencia acudiendo a los tipos contractuales tradicionales: el contrato de aparcamiento de vehículos de motor²⁴. Una vez entregado al usuario el justificante o resguardo del aparcamiento (donde se harán constar determinados datos como la identificación del vehículo), una de las obligaciones del titular del aparcamiento es la de “restituir al portador del justificante, en el estado en el que le fue entregado, el vehículo y los componentes y accesorios que se hallen incorporados funcionalmente –de manera fija e inseparable- a aquél y sean habituales y ordinarios, *por su*

²² (B.O.E. núm. 12, de 14 de enero de 1998), y que actualiza los anexos de la Orden de 2 de enero de 1997.

²³ Se trata de la empresa “United Parcel Service” (UPS), sobradamente conocida. El documento se llama “Términos y condiciones de transporte”, y complementa la “Guía de servicios y tarifas” de dicha empresa. En la cláusula 9.4, se establece lo siguiente: “[...] UPS ofrece un servicio al remitente para obtener, para un envío, el beneficio de limitación de responsabilidad con una cifra más elevada que la que UPS ofrece [...] o de la que ofrecen las normas de convenio u otra ley nacional obligatoria. El remitente puede recurrir a este servicio declarando un valor superior en la carta de porte y pagando un cargo adicional, tal y como se determina en la Guía de Servicios y Tarifas. El valor de las mercancías en cuestión no deberá exceder, en ningún caso, los límites que se especifican en [...]. Si le remitente elige esta opción, UPS puede remitir el cargo adicional, en nombre del remitente, a un asegurador, para cubrir el interés del remitente del envío, y en el caso de que UPS recuperara y enviara dinero al remitente, en relación con cualquier reclamación que este último tuviere a causa de pérdida, daño o retraso, cualquier reclamación que el remitente tuviera contra UPS quedaría reducida a tal importe.” En esta cláusula, la declaración de valor y pago de cantidad adicional se ligan al aseguramiento de los riesgos de pérdida, daño o retraso de las mercancías.

²⁴ Se trata de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos (B.O.E. núm. 274, de 15 de noviembre de 2002), en adelante LCAV.

*naturaleza o valor*²⁵, en el tipo de vehículo de que se trate”. Ahora bien, “en todo caso, los accesorios no fijos y extraíbles, como radiocassetes y teléfonos móviles, deberán ser retirados por los usuarios, no alcanzando, en su defecto, al titular del aparcamiento la responsabilidad sobre restitución” [art. 3.1.c)]. De momento, ya existe una exclusión de responsabilidad del empresario titular del aparcamiento respecto de la restitución de determinados objetos, pues previamente debieron ser retirados por el usuario. Obsérvese que esta exoneración de responsabilidad lo es respecto de objetos *no fijos y extraíbles*, que, normalmente, no permanecen ocultos en los vehículos, sino a la vista, igual que los del párrafo primero.

Pero es el régimen de responsabilidad recogido en el apartado 2 del art. 3º de la LCAV el que más llama la atención. Si el titular del aparcamiento cuenta con un servicio especial para ello –lo que no será así en todos los casos y, por tanto, dicha circunstancia habrá de ponerse en conocimiento de todos los usuarios a través de los medios de información más adecuados-, podrá aceptar y responsabilizarse también de la restitución de otros accesorios *distintos* de los señalados en el primer párrafo del apartado 1.c) ya transcrito, así como los efectos, objetos o enseres introducidos por el usuario en su vehículo, cuando:

- a) Hayan sido *declarados por el usuario* a la entrada del aparcamiento y el responsable de éste acepte su custodia.
- b) El usuario observe las prevenciones y medidas de seguridad que se le indiquen, incluida la del aparcamiento del vehículo o el depósito de los efectos, en la zona o lugar que estuviere habilitado al efecto para su vigilancia.

Lo cual quiere decir que, previa declaración del usuario y aceptación de la custodia de los objetos por parte del titular del aparcamiento, la responsabilidad de éstos se extiende también a su restitución, aun tratándose, como se puede advertir, de objetos ocultos (por ejemplo, objetos de valor depositados en la guantera o emplazamiento similar), y siempre que el usuario observe una conducta diligente acorde con las instrucciones de seguridad impartidas por el responsable del aparcamiento.

Es más, el último párrafo del art. 3.2 de la LCA observa el criterio de incorporación precedente para entender incorporada una condición general al contenido del contrato, de acuerdo con el art. 5.2 de la LCGC, adoptándolo como una obligación legalmente exigible al titular del aparcamiento: “En este tipo de aparcamientos deberá existir en el exterior de los mismos una información suficiente que permita identificar la prestación del servicio especial”.

²⁵ Subrayado mío.

Incluso, como consecuencia del régimen de responsabilidad examinado, “el titular del aparcamiento podrá establecer precios distintos o complementarios para la guarda y vigilancia de los efectos cuya custodia acepte”, siempre que se cuente con el servicio especial del apartado 2 del artículo 3. Este es el corolario del sistema: existiendo declaración expresa de los efectos cuya responsabilidad de restitución se pretende trasladar al titular del aparcamiento, es lógico que se permita –por conveniente- la exigencia de precios diferenciados, pero no en función de apreciaciones subjetivas del empresario, sino de acuerdo con la previa declaración de valor, circunstancia objetiva que no hace depender la indemnización, en caso de incumplimiento de la obligación de custodia y vigilancia, de la pura indemnización de daños y perjuicios.

6. CONCLUSIONES.

6.1. *El objeto de la prestación del servicio es algo peculiar.*

El contrato de prestación del servicio de revelado fotográfico recae, según hemos podido ver, sobre un objeto o una cosa cuyo contenido permanece oculto mientras no se someta a los procedimientos técnicos necesarios para obtener las fotografías. El prestador del servicio no tiene en ningún momento garantía alguna de la aptitud e idoneidad del carrete para su revelado, es decir, presume que el carrete está en buen estado, que ha sido utilizado correctamente por el consumidor y que todas las condiciones técnicas para proceder al revelado son óptimas o, cuando menos, normales. Esa dependencia de la técnica marca la diferencia de dicho objeto con otros supuestos de contratos de prestación de servicios cuyo contenido no está determinado o declarado al prestador del servicio, pero ya existe.

6.2. *La cláusula supera el control de inclusión, pero puede mejorarse la incorporación al contrato.*

El simple hecho de consignarse la cláusula limitadora de responsabilidad del establecimiento de fotografía en los resguardos entregados a los clientes al tiempo de la recepción del material apto para su revelado, puede salvar el control de incorporación del art. 5.2 LCGC, pero debe complementarse, como hemos visto –con carácter obligatorio- para otros supuestos, con carteles anunciadores o leyendas que adviertan e informen al consumidor de las limitación de responsabilidad. Esto debe ser así por no tratarse de uno de los contratos que normalmente se documentan por escrito. Si aun así, el contrato fuera celebrado por escrito, habría de entregarse al consumidor un documento que no sea el mero resguardo y cumpla esa función informativa.

6.3. *El carácter abusivo de la cláusula.*

Dado que existe una lista de cláusulas que en todo caso se consideran abusivas, de acuerdo con la disp. ad. primera de la LGDCU, en relación con su art. 10 bis.1, y la única en la que tiene encaje la cláusula en cuestión es la que figura con el núm. 9, que tacha de abusivas las exclusiones o limitaciones de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor ante casos de incumplimiento total o parcial o defectuoso del profesional, y puesto que la cláusula da entrada a una valoración interpretativa caso por caso, no puede agotarse el examen del posible carácter abusivo en la simple subsunción, sino que es necesario dilucidar si el incumplimiento contractual del prestador del servicio general un desequilibrio de posiciones tan importante y es tan injusto para el consumidor como para considerarla una cláusula abusiva, ex art. 10 bis.1 LGDCU.

Si el incumplimiento, en el caso de extravío, pérdida o deterioro de carretes fotográficos por el prestador del servicio de revelado, sólo puede remediarse a través de la vía de la indemnización por daño moral –puesto que no puede obligarse al consumidor a conformarse con la compensación que únicamente cubre el daño patrimonial-, se corre el riesgo de abrir la puerta a la imprevisibilidad y arbitrariedad. La indemnización por daño moral siempre sería insuficiente e insatisfactoria para el consumidor. La cláusula no sería abusiva, visto el riesgo de infracompensación que comporta el establecimiento de una indemnización mediante una cantidad a tanto alzado.

6.4. *El mecanismo corrector: la declaración de valor.*

La solución que cabría proponer, dado que no sería de recibo la exigencia por los establecimientos de fotografía de precios diferenciados en función de apreciaciones subjetivas, pasa por la exigencia de asegurar de algún modo el objeto de la prestación del servicio. El aseguramiento, que se utiliza, como hemos visto, en otros supuestos similares, sería antieconómico en el caso del revelado de carretes fotográficos, pero sí procede la exigencia de prestaciones suplementarias al cliente, previa declaración del valor del material (carrete o similar). Esta técnica también es utilizada en otros casos que cuentan con regulación legal específica, singularmente el del contrato de aparcamiento de vehículos respecto de los objetos de cierto valor depositados en su interior o en el lugar al efecto designado por el titular del establecimiento.

Ahora bien, la exigencia de esa prestación suplementaria debe cumplir, al menos, dos condiciones. Por una parte, dado que el carrete todavía no es igual a fotografías, la declaración de valor habría de formularse necesariamente *ex ante*, es decir, coetáneamente a la formalización del contrato y siempre antes de proceder al pago por la prestación del servicio. Ello es lógico, puesto que el consumidor podría echarse atrás en el momento de pagar el servicio al comprobar que el resultado no satisface sus

expectativas, por razones injustificadas –*ad nutum*-. Y, de otro lado, el consumidor que se acoja a esta modalidad de contrato debería ser precisamente eso, consumidor, y no cualquier cliente. El fotógrafo que vaya a destinar las fotografías del carrete cuyo revelado ha encomendado al establecimiento de fotografía a un uso profesional (por ejemplo, el fotógrafo de moda, de la prensa del corazón, o que trabaja para una revista de reportajes artísticos o de fauna salvaje), no puede ser el destinatario ni de la medida contractual descrita, ni de las obligaciones de información mínimas necesarias para la incorporación de la cláusula limitativa al contrato.

La exigencia de prestaciones suplementarias previa declaración de valor puede originar el efecto perverso de la reticencia del consumidor a contratar en esas condiciones. El consumidor no va a querer pagar más, en principio, por el mismo servicio que se le venía prestando, con la única diferencia de la objetivación de la responsabilidad del profesional que le revela las fotografías. No obstante, dado que éste solamente tendrá la opción de exigir esa prestación suplementaria o bien negarse a hacer el revelado, puede que el consumidor se lo piense dos veces.