

Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y REQUISITOS PARA LA CONSIDERACIÓN DE UNA CLÁUSULA COMO ABUSIVA: LA CLÁUSULA DE EQUILIBRIO: 1. QUE SE TRATE DE UNA CLÁUSULA NO NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE, SIN QUE SEA PRECISO QUE SEA UNA CONDICIÓN GENERAL. 2. «*QUE EN CONTRA DE LAS EXIGENCIAS DE LA BUENA FE CAUSEN, EN PERJUICIO DEL CONSUMIDOR, UN DESEQUILIBRIO IMPORTANTE DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES QUE SE DERIVEN DEL CONTRATO*»: 2.1. «*En contra de las exigencias de la buena fe*». 2.2. El «*desequilibrio importante*» entre los derechos y obligaciones que deriven del contrato. 2.3. Los elementos para apreciar el carácter abusivo de una cláusula. 2.4. La no incorporación al derecho español de la norma del artículo 4.2 de la Directiva. Deber de transparencia, control de precios y libre competencia.—III. CLÁUSULA DE EQUILIBRIO Y CLÁUSULAS ABUSIVAS: 1. LA RELACIÓN ENTRE LA CLÁUSULA DE EQUILIBRIO Y EL LISTADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. 2. LA JUSTIFICACIÓN DEL LISTADO.—IV. EL LISTADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS: A) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR VINCULAR EL CONTRATO A LA VOLUNTAD DEL PROFESIONAL. B) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR SUPONER LA PRIVACIÓN DE DERECHOS BÁSICOS DEL CONSUMIDOR. C) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR FALTA DE RECIPROCIDAD. D) CLÁUSULAS ABUSIVAS «SOBRE GARANTÍAS». E) OTRAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. F) REGLA ESPECIAL RELATIVA A VALORES Y OTROS PRODUCTOS FINANCIEROS.

I. INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de eliminar las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el Consejo de las Comunidades Europeas aprobó la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Conforme a su artículo 10.1, los Estados miembros debían adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a tal Directiva, a más tardar el 31 de diciembre de 1994. España fue uno de los Estados que se retrasó en la transposición, dado que ésta no se llevó a cabo hasta la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

El sistema que ha seguido España para la transposición ha sido, cuando menos, peculiar. En España ya existía una regulación sobre cláusulas abusivas, en el artículo 10 de la Ley 20/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) (1). La transposición de la Directiva no se ha llevado a cabo en una ley nueva destinada específicamente a regular las cláusulas abusivas, sino que lo que se ha hecho ha sido incorporar la normativa de la Directiva sobre cláusulas abusivas dentro de la Disposición Adicional Primera de una Ley destinada a regular las condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, LCGC). Dicha Disposición Adicional está dedicada a modificar la LGDCU, Ley que en su artículo 10 ya contenía una regulación de las cláusulas abusivas. De esta manera, se ha creado un complicado régimen jurídico, con una pluralidad de normas que regulan la misma materia:

- El antiguo artículo 10 LGDCU, modificado con ligeros retoques por la Disposición Adicional Primera de la LCGC.
- El artículo 10.bis LGDCU, que es el que contiene la mayor parte de las normas de transposición de la Directiva.
- La Disposición Adicional Primera de la LGDCU, que enumera la lista de cláusulas abusivas, transponiendo el Anexo de la Directiva.

En España, antes de la transposición de la Directiva, el citado artículo 10 LGDCU condenaba las cláusulas abusivas, y contenía un listado de cláusulas consideradas nulas por atentar contra los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones. Actualmente, este artículo 10, con ligeras modificaciones, convive con el nuevo artículo 10.bis, lo que origina algunos problemas a causa de la falta de coordinación de ambos preceptos. A pesar de que sea el artículo 10.bis el que más específicamente regule el concepto de cláusula abusiva, no puede desconocerse la existencia del artículo 10 LGDCU, que, en la medida de lo posible, deberá tratar de coordinarse con aquél.

En el presente trabajo pretendemos determinar las cláusulas que, conforme a la Ley española, se consideran abusivas, para lo cual se emplea una doble vía: por una parte, se ofrece una definición general de cláusula abusiva, de manera que tendrán esta consideración aquellas cláusulas que cumplan los requisitos establecidos por la Ley (concretamente, en el art. 10.bis LGDCU que, entre otros, transpone el art. 3 de la Directiva). Pero, además, existe una lista de cláusulas que se consideran «en todo caso» abusivas. Analizaremos, por tanto, en primer lugar, el concepto general de cláusula abusiva, centrado

(1) *BOE* núm. 176, de 24 de julio de 1984.

en la idea de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, y, posteriormente, la «lista negra» de cláusulas abusivas.

II. CONCEPTO Y REQUISITOS PARA LA CONSIDERACIÓN DE UNA CLÁUSULA COMO ABUSIVA: LA CLÁUSULA DE EQUILIBRIO

El artículo 10.1.c) LGDCU, antes de su modificación por la LCGC, exigía como requisitos para la licitud de un contrato de adhesión, *«la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones»*, lo que excluía, entre otras cláusulas, *«las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios»*. Como podemos apreciar, se trataba de una redacción extremadamente redundante, pero, en cualquier caso, apoyada en los principios de buena fe y de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Tras la modificación de la LGDCU a raíz de la transposición de la Directiva, el artículo 10.1.c) LGDCU sigue exigiendo, para la licitud de un contrato de adhesión, *«la buena fe y justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas»*; ahora bien, la definición de cláusula abusiva no se contiene en el artículo 10.1.c), sino en el nuevo artículo 10.bis, que, siguiendo la Directiva (2), establece que *«Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la Disposición Adicional de la presente Ley»* (3).

(2) El artículo 3.1 de la Directiva establece que *«Las cláusulas abusivas que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»*.

(3) Este concepto también se recoge en el § 5 del Preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que aprovecha para establecer una distinción entre condición general y cláusula abusiva: *«Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares*

Por tanto, de los artículos 10.1.c) y 10.bis.1.1 LGDCU, se deduce que hacen falta los siguientes requisitos para que una cláusula sea considerada abusiva:

1. La no negociación individual.
2. Que vaya contra las exigencias de la buena fe.
3. Un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.
4. Que este desequilibrio se cause en perjuicio del consumidor, y no en perjuicio del predisponente.

Además, existen una serie de cláusulas, las enumeradas en la Disposición Adicional Primera LGDCU, que «en todo caso se considerarán abusivas». De la relación entre la cláusula general de equilibrio y el listado de cláusulas trataremos más adelante. A continuación vamos a analizar los requisitos que acabamos de enumerar para que una cláusula sea considerada abusiva.

1. QUE SE TRATE DE UNA CLÁUSULA NO NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE, SIN QUE SEA PRECISO QUE SEA UNA CONDICIÓN GENERAL

El primer requisito que exige el artículo 10.bis.1 LGDCU para que una cláusula pueda tener la consideración de abusiva es que no haya sido negociada individualmente (4). Conviene precisar que no es necesario que tal cláusula sea una condición general. Así lo establece expresamente el Preámbulo § V.II.fin LCGC: «[la cláusula abusiva]... puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares». Lo que importa no es que el contenido del contrato no sea fruto de la negociación entre ambas partes, sino que haya sido impuesto por una de ellas. Si bien la mayoría de cláusulas abusivas vendrán impuestas a través de condiciones generales, no quedan excluidos los supuestos de cláusulas elaboradas unilateralmente por el profesional para cada consumidor en particular.

Si la cláusula ha sido objeto de negociación, queda fuera del régimen de control del artículo 10.bis.1 LGDCU. A diferencia de la Directiva, la Ley española no aclara cuándo se entiende que una cláusula no se ha negociado

cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares». Asimismo, el Preámbulo § VIII.4 reproduce la definición de cláusula abusiva como «la que en contra de las exigencias de la buena fe cause, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones contractuales».

(4) Requisito exigido asimismo por el artículo 3.1 de la Directiva.

individualmente. El artículo 3.2.I de la Directiva establece que «*Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*». Se trata de una cláusula respecto a la cual la única opción del consumidor es adherirse o no, sin que tenga posibilidad de influir en su contenido. Por tanto, más que ante una falta de negociación, estamos ante una negociación infructuosa para el consumidor, que no habrá podido influir en el contenido de la cláusula. El silencio de la LGDCU respecto a cuándo se entiende que ha habido negociación debería permitir una interpretación favorable para el consumidor, partiendo de la base que una negociación entre profesional y consumidor no es, por lo general, una negociación *inter partes*.

Sí ha recogido la Ley española otras dos normas de la Directiva:

1. La que establece que si una cláusula o una parte del contrato ha sido negociada individualmente, ello no impedirá que puedan ser declaradas abusivas otras cláusulas del contrato (art. 10.bis.1.II) (5).

2. La presunción de que, en la contratación entre profesional y consumidor, las cláusulas del contrato vienen predisuestas por el primero, de tal manera que si éste afirma que una cláusula ha sido negociada individualmente deberá correr con la carga de la prueba (art. 10.bis.1.III) (6).

El requisito de la no negociación individual —al igual que el resto de requisitos del art. 10.bis.1 LGDCU— no es exigible, a nuestro entender, a las cláusulas incluidas dentro de la lista de la Disposición Adicional Primera LGDCU; ésta es la solución más favorable para el consumidor, para el que la existencia de negociación no es, por lo general, una garantía de que el contrato no le resultará lesivo.

2. «*QUE EN CONTRA DE LAS EXIGENCIAS DE LA BUENA FE CAUSEN, EN PERJUICIO DEL CONSUMIDOR, UN DESEQUILIBRIO IMPORTANTE DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES QUE SE DERIVEN DEL CONTRATO*»

Además de la falta de negociación individual, para que una cláusula sea abusiva hace falta que «*en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*» (art. 10.bis.1 LCGC). De los conceptos que se utilizan en este precepto sólo uno es claro y no plantea

(5) Siguiendo el artículo 3.2.II de la Directiva.

(6) Conforme al artículo 3.2.III de la Directiva.

dudas: que el perjuicio lo debe sufrir el consumidor, que es quien se limita a adherirse a un contrato elaborado por el profesional y, por tanto, quien puede resultar perjudicado por el mismo. Más problemáticos son los otros dos requisitos a los que se hace referencia: el desequilibrio y la buena fe (7).

2.1. «En contra de las exigencias de la buena fe»

El precepto plantea el problema de si la exigencia de buena fe es un requisito autónomo, que deba apreciarse separadamente del desequilibrio, o si desequilibrio y mala fe van unidos, de manera que un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes irá siempre contra las exigencias de la buena fe. Al respecto, cabe hacer las siguientes afirmaciones:

1.^a El concepto de buena fe que utiliza tanto la Directiva como el artículo 10 de la Ley española es una buena fe objetiva; es decir, la buena fe no alude a la intención o a la conducta del profesional, sino a que el resultado del contrato sea conforme a las ideas de equidad y equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

2.^a Por tanto, buena fe (objetiva) y equilibrio son dos elementos íntimamente relacionados y que generalmente irán unidos. La buena fe contractual exige un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y, en principio, todo desequilibrio sería contrario a las exigencias de la buena fe.

3.^a Es difícil encontrar casos en que haya mala fe objetiva sin que exista desequilibrio. Ciertamente el sector de la doctrina considera que el desequilibrio es una consecuencia o manifestación de la mala fe objetiva, pero no la única, y apuntan como otros supuestos de la mala fe contractual los casos de falta de transparencia, o aquéllos en que se imponga al consumidor la adquisición de bienes complementarios o accesorios no solicitados. Ahora bien, lo cierto es que, a nuestro entender, el sentido que debe tener el concepto de desequilibrio en el artículo 10.bis.1 LGDCU comprende los

(7) PATI, «Comparative Law introduction», ponencia presentada en el Congreso *Standard contract terms in Europe: a basis for and a challenge to European contract Law*, Praga, 2005, (<http://www.secola.org>), señala que la exigencia de este doble requisito se debe a la creencia del Legislador comunitario de que el concepto de buena fe, como concepto jurídico indeterminado, puede ser más uniforme en toda Europa. No obstante, lo cierto es que detrás de esta aparente uniformidad terminológica se esconde una muy diferente interpretación judicial y aplicación práctica de tal principio en los diferentes Estados europeos, que a la postre nos conduce a una «desarmonización» de hecho. Además, los tribunales de muchos países prefieren reglas concretas a conceptos abstractos a la hora de juzgar la abusividad de una cláusula, de ahí que algunos legisladores nacionales, como por ejemplo el francés, no hayan incluido el principio de buena fe en la implementación nacional de la Directiva.

supuestos de falta de transparencia e imposición de bienes no solicitados, como veremos más adelante.

4.^a Y, paralelamente, también es difícil que exista un desequilibrio que no suponga mala fe objetiva. Se ha apuntado el caso en que exista desequilibrio, pero éste sea justificado, caso en que no habrá mala fe objetiva y por tanto la cláusula no podrá declararse abusiva. En este sentido, el § 5 del Preámbulo de la LCGC habla de un «*desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales*». El desequilibrio «leve» y/o «justificado» no va contra la mala fe objetiva (8).

5.^a La estrecha relación entre mala fe y desequilibrio se aprecia claramente en la Directiva, que en su artículo 3.1 habla de la cláusula abusiva como aquélla que «*pese —“contrary”— a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio...*». También es relevante el § 16 de su Preámbulo, que alude exclusivamente a la buena fe, sin ninguna referencia al desequilibrio, lo que pone de manifiesto la fungibilidad de ambos términos (9).

6.^a En cuanto a la Ley española, existen algunos preceptos que pueden dar lugar a confusión, dado que parecen dar a entender que se trata de requisitos diferentes. Es el caso del artículo 10.1.c) LGDCU —que señala como uno de los requisitos de los contratos de adhesión la «*buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*»—, y el § 8 del Preámbulo de la LCGC —que habla de una condición general abusiva «*cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes*»— (10). Ahora bien, el precepto clave, el artículo 10 bis.1.I LGDCU, ya contiene una redacción similar a la de la Directiva —aquellas estipulaciones que «*en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante...*»—. Ya se ha dicho que ambos elementos —mala fe y desequilibrio— irán generalmente unidos; ahora bien, si excepcionalmente concurriera sólo uno de estos

(8) Véase el § 2.2.

(9) TROYANO, «Interpretation of the general standard of good faith and the list of unfair terms in Italian Law», ponencia presentada en el Congreso *Standard contract terms in Europe* cit., señala a este respecto la problemática que se ha desencadenado en Italia como consecuencia de la desafortunada traducción del artículo 3.1.º de la Directiva, en concreto del término «*contrary*», que se ha traducido por «*malgrado*» (a pesar de), lo que supone dar entrada sólo al concepto de buena fe subjetiva, si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana han considerado que se trata de un error de implementación terminológico y no de un cambio voluntario del significado de este concepto y, consecuentemente, interpretan, más allá de la literalidad del precepto, que el desequilibrio conlleva la admisión del concepto de buena fe objetiva.

(10) No obstante, este precepto se refiere a las condiciones generales entre profesionales.

dos elementos, conforme al artículo 10.bis.1.I LGDCU, la cláusula en cuestión no tendrá la consideración de abusiva (11).

2.2. *El «desequilibrio importante» entre los derechos y obligaciones que deriven del contrato*

El elemento esencial al que hay que atender para ver si la cláusula es o no abusiva es si se produce, en perjuicio del consumidor, un «desequilibrio importante» entre los derechos y obligaciones de las partes. Para apreciar si tiene lugar este desequilibrio no basta con comparar tales derechos y obligaciones, ya que, por una parte, éstos pueden ser de diferente tipo, de manera que no quepa comparación entre ellos, y, por otra, aunque una cláusula establezca los mismos derechos, puede ser abusiva si otorga al profesional un derecho que sin la cláusula correspondería ya por Ley al consumidor y no al profesional, como por ejemplo la facultad de desistimiento en la adquisición de un derecho de aprovechamiento por turnos sobre un bien inmueble de uso turístico (art. 10.1 LDAT) (12).

En consecuencia, no se trata de comparar la cantidad de derechos que se atribuye a cada parte, sino que deben tenerse en cuenta los derechos y obligaciones que confieren las condiciones generales en comparación con los que les vienen otorgados por la Ley, es decir, se debe ver lo que cada parte tiene conforme a las cláusulas predispuestas, y lo que tendría sin dichas cláusulas, y a partir de aquí establecer la comparación.

No todo desequilibrio es considerado abusivo. Siguiendo a la Directiva, para que la cláusula sea abusiva el desequilibrio debe ser «importante», concepto jurídico indeterminado que deberá ser perfilado por los jueces. En este sentido, la SAP Burgos, de 6 de febrero de 1997 (AC 1997/233) consideró que no era suficientemente importante el desequilibrio consistente en imponer al consumidor el pago de un impuesto que por ley dispositiva correspondía al vendedor, dada su pequeña cuantía (la vivienda valía 75.000 €, y el impuesto satisfecho 400 €).

(11) En cambio, conforme al artículo 10.1.c) LGDCU, se exigen ambos requisitos —buena fe y equilibrio— para la validez de las cláusulas de los contratos de adhesión —*buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes*—. Existe, por tanto, una falta de coordinación entre ambos preceptos, debiendo prevalecer el artículo 10.bis.1.I, como precepto más específico que es y ajustado a la redacción de la Directiva, si bien la interpretación contraria podría asentarse en que se trata de la que más favorece al consumidor.

(12) MIGUEL GONZÁLEZ, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 948.

El desequilibrio ¿debe ser injustificado? Así lo exige expresamente el § 5 del Preámbulo de la LCGC —que habla de «*desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales*»—, pero no el articulado ni la Directiva. Como hemos señalado anteriormente, ello viene ligado con el requisito de la buena fe, al que sí alude el artículo 10.bis.1.I LGDCU (13). En cualquier caso, sería difícil encontrar una justificación que legitimase un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.

2.3. *Los elementos para apreciar el carácter abusivo de una cláusula*

El artículo 10.bis.1.IV LGDCU, reproduciendo casi literalmente el artículo 4.1 de la Directiva, señala los elementos que deberán tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de una cláusula; tales elementos son los siguientes:

1. La naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato. Por ejemplo, si un bien se encuentra en un estado defectuoso, y se estipula un precio acorde con dicho estado, la imposición de una cláusula de renuncia de algún derecho del consumidor podría no considerarse abusiva, al venir exigida por la propia naturaleza del bien en cuestión (14).

2. La consideración de todas las circunstancias, entre las que se citan por la doctrina las siguientes:

- La situación de monopolio. Si bien para que una cláusula sea abusiva no es preciso que exista monopolio (15), ésta es una circunstancia importante a tener en cuenta (16). Y, aunque no nos encontremos ante una situación monopolística, la existencia de pactos entre empresas de un mismo sector para establecer las

(13) En este sentido, BEROVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en BEROVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 758.

(14) MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 958, pone como ejemplo el caso resuelto por la SAP Burgos de 22 de marzo de 2000. Se trataba de la venta de un vehículo cuyo precio inicial era de 5.000 € si se entregaba en perfecto estado, pero las partes acordaron un precio de 3.500 € debido a la multitud de defectos que tenía. Por tanto, debido a estos defectos, la rebaja del precio fue de 1.500 €. La renuncia a la garantía tenía, en consecuencia, un precio, por lo que dicha sentencia admitió la licitud de tal renuncia. Pero, según MIGUEL GONZÁLEZ, no es únicamente el precio lo que justifica dicha licitud, sino la naturaleza del bien.

(15) Aunque algunas sentencias de las Audiencias Provinciales parecen dar a entender que la ausencia de monopolio impide calificar de abusivas a las cláusulas predispuestas.

(16) MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 960.

mismas cláusulas debe ser una circunstancia relevante a la hora de apreciar el carácter abusivo (17).

- Si el servicio a contratar es obligatorio por Ley (por ejemplo, el mantenimiento de ascensores) (18).

3. «Las demás cláusulas del contrato», que pueden dar lugar tanto a la validez de una cláusula en sí misma abusiva, como a la consecuencia contraria, es decir, a la consideración como abusiva de una cláusula que por sí sola no lo sería. Efectivamente, una cláusula desfavorable se puede compensar con otra favorable —por ejemplo, podría considerarse válida una cláusula de exención de responsabilidad si a cambio se ofrece al consumidor un seguro—; e, inversamente, ciertas cláusulas predispuestas que por sí solas pueden ser válidas, son abusivas junto a otras —por ejemplo, una prórroga tácita debe considerarse inadmisibles, aunque el término para denunciar no esté excesivamente alejado de la fecha de terminación del contrato, si la prórroga es por un período demasiado amplio y hay cláusulas de variación del precio junto a cláusulas penales en casos de desistimiento— (19).

Ahora bien, en cualquier caso, el elemento sistemático no debe conducir a poner en una balanza, por un lado, el conjunto de cláusulas favorables al consumidor y, en otro las que favorecen al profesional, y a partir de ahí establecer la comparación, sino que cuando el artículo 10.bis.1.IV LGDCU habla de que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta «todas las demás cláusulas del contrato», hay que atender únicamente a aquellas que se encuentren en estrecha relación. No olvidemos que lo que se declara abusivo no es el contrato en su conjunto, sino una cláusula de este contrato. Por decirlo de una manera gráfica, y haciendo un paralelismo metafórico con el artículo 1.196 del Código Civil, para que la compensación sea posible es necesario que las cláusulas sean «de la misma especie». Y, por otra parte, ésta es la posición más conforme con el carácter de «lista negra» de las cláusulas de la Disposición Adicional Primera LGDCU, que enumera una serie de cláusulas que en sí mismas son abusivas, sin posibilidad de sanación.

4. Finalmente, el artículo 10.bis.1.IV.fin LGDCU establece que también se tendrán en cuenta «las demás cláusulas de otro (contrato) del que éste dependa», como por ejemplo, una compraventa y un préstamo, o una compra-

(17) Si bien señala MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 960, que todavía existen muchas sentencias de audiencias que afirman que, si el servicio se presta en régimen de libre competencia, a pesar de tales pactos entre las empresas, las cláusulas no tienen carácter abusivo.

(18) Así lo ha señalado la SAP de Asturias de 14 de marzo de 2000 (AC 2000/879): «La situación es, además, claramente abusiva porque la legislación vigente impone la obligatoriedad al concertar este tipo de contrato».

(19) MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 963.

venta y el contrato de mantenimiento de la máquina vendida. Tal relación de dependencia es interpretada en sentido amplio, al considerar que es posible que el contrato abusivo sea el principal, o también que ambos contratos estén en el mismo plano (20). Y, por otra parte, no es preciso que los contratos tengan las mismas partes contratantes, sino que es posible que el vendedor remita al comprador al contrato que celebró con el productor (21).

2.4. *La no incorporación al derecho español de la norma del artículo 4.2 de la Directiva. Deber de transparencia, control de precios y libre competencia*

La Directiva, en su artículo 4.2, establece que «*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*». El precepto, por tanto, sólo impone al profesional un deber de transparencia; si éste se cumple, el profesional tiene la libertad de definir unilateralmente tanto el objeto como el precio. Si éstos son abusivos —por ejemplo, por imponer un precio excesivo, o un objeto no adecuado a las necesidades de los consumidores—, será el propio mercado el que los castigará y el producto no se venderá; por ello, el objeto y el precio deberán ajustarse a las exigencias del mercado (22).

Ahora bien, para que este sistema funcione, hacen falta dos requisitos. Uno ya viene aludido por el artículo 4.2 de la Directiva: la transparencia de las cláusulas, con la finalidad de que el consumidor pueda conseguir un conocimiento preciso de las diferentes ofertas que se le presentan en el mercado y seleccionar la que más le convenga. El segundo requisito, del que la Directiva parece olvidarse, es que efectivamente estemos ante un sistema de libre competencia. Si la situación es de monopolio, o cuasi monopolio, y por tanto desaparece la facultad de elección, es evidente que

(20) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, pág. 763.

(21) MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 964.

(22) En este sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 110, afirma que «*el equilibrio objetivo de las prestaciones —la justicia del precio— es una cuestión metajurídica que viene determinada por la oferta y la demanda. Es la competencia y no el derecho la que garantiza el equilibrio del precio y la contraprestación, también en los contratos predispuestos, a pesar de la ausencia de negociación y del desigual poder económico de las partes, no estando justificada por la predisposición o por la desigualdad económica de las partes, una valoración de la justicia del precio y de su relación con la contraprestación al margen del mercado*».

el abuso puede existir, y por tanto debería poder existir un control sobre tales cláusulas.

La Ley española, a diferencia de lo que hacía el Proyecto de LCGC de 1997, no ha incorporado la norma del artículo 4.2 de la Directiva (23). A pesar de ello, la mayoría de la doctrina española considera que no es posible llevar a cabo un control de precios en los contratos no negociados con los consumidores, por los siguientes argumentos (24):

1. Un control del equilibrio entre precio y contraprestación es contrario a la Directiva. Se afirma que no es argumento alegar que la Directiva sea de mínimos, dado que los legisladores nacionales no pueden alterar sustancialmente el modelo comunitario.

2. Un control de precios resulta incompatible con el artículo 38 CE, que consagra un régimen de economía de mercado (25). Supondría introducir en el ordenamiento español el concepto de «justo precio» y de «lesión *ultradi-midum*».

(23) En el artículo 10.bis.1.5 LGDCU del Proyecto de 1997 se decía que: «*Tal apreciación (la del carácter abusivo de una cláusula) no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible*». Se trasponía, por tanto, el artículo 4.2 de la Directiva. La supresión de tal norma se produjo a instancias del Grupo Parlamentario IU (Enmienda núm. 71, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Proyectos de Ley, núm. 78-6, de 23 de octubre de 1997), con la siguiente motivación: «*El objeto principal y el precio pueden ser abusivos como es el caso de algunos contratos de préstamo con tipos TAE de más del 30 por 100. Hacer que el coste no pueda ser abusivo supone una gran indefensión de los consumidores y usuarios*». PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, pág. 63, señala que tal aprobación parece que se produjo a raíz de un error parlamentario en la votación.

Tampoco se ha incorporado este artículo en la Ley francesa de implementación de la Directiva, al considerarse en el país vecino que la fijación del precio depende más de la libre competencia de mercado que de la negociación de las partes; véase al respecto VIGNERON, «The implementation of the standard contract terms Directive in France», ponencia presentada en el Congreso *Standard contract terms in Europe*, cit.

(24) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, pág. 63. En esta misma línea, ALFARO ÁGUILA-REAL, «Protección de los consumidores y Derecho de los contratos», *ADC*, 1994, págs. 305-323, y MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 990, quien señala que si bien la Directiva es de mínimos y, en consecuencia, cada Estado puede aumentar el grado de protección del consumidor, «*ello sólo puede hacerse dentro del respeto al Tratado*». En sentido contrario, DUQUE DOMÍNGUEZ, «Las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», en NIETO CAROL (Coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 485 y 486.

(25) En este mismo sentido se han manifestado la doctrina alemana y la portuguesa, que consideran que una previsión de este tipo iría en contra del régimen de economía de mercado consagrado en sus respectivas Constituciones; véase PINTO OLIVEIRA, «Implementation and Interpretation of the Directive in Portugal», y GUDULA DEIPENBROCK, «The implementation of the Standard contract terms Directive in Germany», ponencias presentadas en la citada Conferencia *Standard contract terms in Europe*.

En nuestra opinión, todo dependerá de si funciona o no el sistema de libre competencia. Si funciona, el propio mercado eliminará los precios abusivos y los objetos inapropiados. El panadero que únicamente quiera vender barras de pan de un kilogramo, rápidamente deberá desistir de tal pretensión si no quiere tener que cerrar su negocio en el caso en que sus competidores ofrezcan tamaños más adecuados a las pretensiones del consumidor. Ahora bien, si en una determinada zona todas las panaderías son regentadas por una misma cadena, sí podría tener carácter abusivo el objeto o el precio del contrato.

Hemos llegado a la conclusión, por tanto, que, salvo en situaciones de monopolio, un precio excesivo no determina el carácter abusivo de una cláusula. Ahora bien, si el precio fuese reducido, ¿sería ello una circunstancia relevante a la hora de excluir tal carácter abusivo? (26). Consideramos que si estamos ante una de las cláusulas enumeradas en la Disposición Adicional Primera, el precio es irrelevante, de manera que si, por ejemplo, se imponen renunciaciones o se limitan los derechos del consumidor (cláusula núm. 14), tal cláusula será nula, aunque a cambio de tal renuncia se fije un precio muy reducido. Y si la cláusula no se encuentra dentro del listado de la Disposición Adicional Primera, y para apreciar la abusividad debemos acudir a la cláusula de equilibrio, un precio reducido tampoco podrá compensar el desequilibrio provocado, por ejemplo, por la privación al consumidor de derechos que por Ley le corresponden, dado que, a pesar de que, conforme al artículo 10.bis.1.IV LGDCU, el carácter abusivo se apreciará teniendo en cuenta «todas las demás cláusulas del contrato», el elemento sistemático debe referirse a cláusulas relativas al mismo aspecto del contrato.

(26) La doctrina española está dividida. MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 962, entiende que no influye: «El precio no debe operar como circunstancia justificadora de desequilibrio de derechos y obligaciones en condiciones generales o cláusulas predispuestas... No debe tenerse en cuenta el precio para justificar desequilibrios en los derechos y obligaciones que deriven de condiciones generales o cláusulas predispuestas, porque o no hay relación alguna entre el precio y ese desequilibrio o, si la hay, es como si se hubiera negociado la cláusula. En el primer caso la cláusula es abusiva sin que importe el precio; en el segundo la cláusula no es abusiva porque se ha negociado». En cambio, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, pág. 764, señala que el precio será una de las «circunstancias concurrentes» que habrá de tenerse en cuenta a la hora de apreciar el carácter abusivo de la cláusula, y lo expresa con una ilustración bien clara: «Es evidente que, de acuerdo con la buena fe que respalda la sanción de las cláusulas abusivas, no pueden esperarse legítimamente los mismos derechos si se paga 10 o si se paga 1.000 por el mismo bien o servicio... En principio, ese consumidor ideal con capacidad negociadora y debidamente informado estará dispuesto a renunciar a algunos derechos o a asumir algunas obligaciones a cambio de un mejor precio...».

III. CLÁUSULA DE EQUILIBRIO Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. LA RELACIÓN ENTRE LA CLÁUSULA DE EQUILIBRIO Y EL LISTADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El Anexo 1 de la Directiva, en relación con su artículo 3.3, contiene una *«lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas»*. En el § 17 del Preámbulo se dice que *«a los efectos de la presente Directiva, la lista de cláusulas que relaciona el Anexo no puede tener sino carácter indicativo y que, dado su carácter mínimo, los Estados miembros en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o formulaciones restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas»*. Por tanto, a la vista de la Directiva, el Legislador español, a la hora de transponerla, tenía varias opciones:

1. Reproducir tal fórmula y lista.
2. Reproducir la fórmula y ampliar o reducir la lista de cláusulas que podían ser declaradas abusivas.
3. Prescindir del listado de cláusulas.
4. Alterar la fórmula, reduciendo, conservando o ampliando la lista de cláusulas.

De todas estas posibilidades, el Legislador español optó por la última de ellas: no sólo modificó —ampliando— el listado de cláusulas abusivas, sino que alteró el significado de tal listado: ya no estaremos ante un conjunto de cláusulas que «pueden» ser declaradas abusivas, sino que tales cláusulas «tendrán el carácter» de abusivas (27). El sistema utilizado por el Legislador español presenta las siguientes características:

1. Se amplía, como hemos dicho, con respecto a la Directiva, el número de cláusulas abusivas.
2. La novedad más importante con respecto a la Directiva es el distinto carácter que tiene el listado de cláusulas abusivas. En la Ley española no ocurre, como en la Directiva, que tales cláusulas «pueden ser declaradas abusivas», sino que tales cláusulas son siempre abusivas. Así se deduce tanto del artículo 10.bis.1 LGDCU —*«en todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional*

(27) En el § 10 del Preámbulo de la LCGC se hace una mala interpretación de la Directiva, al afirmarse que: *«En el artículo 10 bis y en la Disposición Adicional Primera de la misma Ley, que lo desarrolla, se han recogido las cláusulas declaradas nulas por la Directiva y además las que con arreglo a nuestro Derecho se han considerado claramente abusivas»*. La Directiva no declara nulas tales cláusulas —cosa que sí hace la Ley española— sino que, como hemos dicho, las rodea de una cierta sospecha.

de la presente Ley»—, como de la propia Disposición Adicional Primera —«tendrán el carácter de abusivas...»—. Por tanto, estas cláusulas serán abusivas hayan sido negociadas individualmente o no (28), y con independencia de que se produzca una situación de «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (29). Ciertamente es que en la mayoría de los casos las cláusulas de la Disposición Adicional Primera LGDCU producirán tal desequilibrio, pero si, por el motivo que sea —por ejemplo, por ponerlas en relación con otras cláusulas del contrato—, este desequilibrio no se produce, la cláusula será igualmente nula, siendo de aplicación el artículo 10.bis.2 LGDCU respecto a la facultad integradora del juez.

3. Señala el Preámbulo de la LCGC que, al igual que ocurre en la Directiva, el listado es enunciativo, no exhaustivo (30), lo que corrobora la propia Disposición Adicional Primera LGDCU cuando dice que «al menos» serán abusivas las cláusulas que en el mismo se relacionan. Ahora bien, esta afirmación, que como decimos guarda un paralelismo con la de la Directiva, requiere una matización. En la Directiva, el carácter «indicativo y no exhaustivo» del listado es correcto si se tiene en cuenta que se refiere a «cláusulas que *pueden* ser declaradas abusivas». Para ser abusivas deberán cumplir los requisitos del artículo 3.1 de la Directiva. El listado supone una serie de ejemplos a la regla general del artículo 3.1: hay una relación de conformidad entre listado y regla general. En cambio, la Ley española rompe con tal relación de conformidad. El listado ya no es una confirmación del artículo 10.bis.1 LGDCU, sino una excepción: estamos ante una serie de cláusulas que, cumplan o no cumplan los requisitos del artículo 10.bis.1, serán abusivas. Ciertamente es que, por lo general, las cláusulas enumeradas en la Disposición Adicional Primera de la LGDCU cumplirán tales requisitos y, por tanto, ya se considerarán abusivas conforme a la cláusula general del artículo 10.bis.1 LGDCU; ahora bien, en caso que, por alguna circunstancia, no los cumplan, serán igualmente abusivas por encontrarse dentro del listado. Por ello, la lista de la Disposición Adicional Primera no es, en principio,

(28) En contra, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, pág. 769, quien entiende que es requisito esencial incluso de las cláusulas del listado, que no hayan sido negociadas individualmente. Si la cláusula se ha negociado individualmente, BERCOVITZ considera que, por definición, tal cláusula no es abusiva, y queda fuera del listado.

(29) Según señala MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 954, la noción de equilibrio únicamente influirá, respecto al listado de cláusulas, para descifrar una serie de conceptos indeterminados que aparecen en el listado (por ejemplo: «plazos excesivamente largos», «plazos insuficientemente determinados», «razones o motivos válidos», «motivos graves», «indemnización desproporcionadamente alta»).

(30) Dice el Preámbulo VIII-5 que se hace una «enumeración enunciativa» de las cláusulas abusivas, lo que aparece corroborado en la Disposición Adicional Primera, cuando dispone que tendrán el carácter de abusivas «al menos», las cláusulas señaladas.

susceptible de ampliación. En consecuencia, habrá dos tipos de cláusulas abusivas: las que se encuentran en el listado de la Disposición Adicional Primera, que serán abusivas en todo caso, es decir, aunque no cumplan los requisitos del artículo 10.bis.1; y aquéllas que, no hallándose en el listado de la Disposición Adicional Primera, cumplan los requisitos del artículo 10.bis.1 LGDCU.

Cuestión distinta es si, por vía de analogía, pueden incluirse en la lista de la Disposición Adicional Primera, cláusulas no contempladas expresamente en la misma. Aunque no lo descartamos, consideramos que se debe ser prudente y admitir la analogía únicamente en casos en que la identidad de razón sea muy evidente, máxime si tenemos en cuenta que todavía existiría la posibilidad de declarar abusiva la cláusula en cuestión conforme a la regla general de equilibrio del artículo 10.bis.1 LGDCU.

4. La falta de relación de conformidad entre la cláusula de equilibrio y el listado de cláusulas abusivas puede motivar que una cláusula incluida en la lista sea declarada nula, a pesar de no vulnerar la cláusula de equilibrio. Ciertamente es que, como se ha dicho, las cláusulas enumeradas en la Disposición Adicional Primera LGDCU producirán generalmente un desequilibrio, y se considerarían abusivas aunque no estuviesen incluidas en la lista. Ahora bien, recordemos que el artículo 10.bis.1.IV LGDCU dice que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará, entre otras circunstancias, atendiendo a las demás cláusulas del contrato; estas otras cláusulas pueden «sanar» o compensar —con los límites antes señalados— el carácter abusivo de una cláusula. Pero si la cláusula se encuentra dentro de la «lista negra», esta «sanación» ya no es posible, con lo que podrá ocurrir que la tarea del Juez no sea apreciar la nulidad de una cláusula —al encontrarse en la «lista negra»—, sino restablecer el equilibrio roto por la nulidad de la cláusula abusiva incluida en el listado.

5. Por ello, en muchas ocasiones la labor del Juez no se simplificará, sino que se complicará. Si bien la nulidad de la cláusula le vendrá dada *ex lege*, por lo que no tendrá que valorar si se produce o no un desequilibrio, le quedará la más complicada tarea de «reequilibrar» el contrato. Sin olvidar que el listado de cláusulas contiene en muchos casos conceptos jurídicos indeterminados (31), en los que sí tendrá que entrar, además del arbitrio del Juez, el concepto de equilibrio.

(31) Por ejemplo, en el número 1, en el que se alude a un plazo «excesivamente largo», o «insuficientemente determinado», expresiones que requieren una valoración por parte del Juez.

2. LA JUSTIFICACIÓN DEL LISTADO

Conforme a lo que acabamos de señalar, el sistema de «lista negra» establecido por el Legislador español puede originar un conflicto con la cláusula general del artículo 10.bis.1 LGDCU, conflicto que se resuelve a favor de la «lista negra» —dado que por el hecho de que una determinada cláusula se encuentre en la «lista negra» ya tiene carácter abusivo, haya o no desequilibrio—. Ello nos lleva a buscar cuáles son los motivos que han llevado al Legislador español a apartarse del sistema de la Directiva. Podrían apuntarse varias razones:

1. Primera, que de esta manera se favorece la seguridad jurídica y la función interpretativa del Juez, dado que, aparentemente, es mucho más sencillo apreciar si una determinada cláusula forma o no parte de la «lista negra», que averiguar si se vulnera o no la cláusula general de equilibrio (32).

2. Y, en segundo lugar, tal listado tiene una función preventiva. Si existe una «lista negra» de cláusulas abusivas, y si el predisponente sabe que esta cláusula será nula, exista o no desequilibrio, difícilmente impondrá tal cláusula en el contrato (33).

En definitiva, la conclusión a la que llegamos es que el sistema de «lista negra» seguido por la Ley española puede dejar con muy poca aplicación la cláusula de equilibrio, dado que la mayoría de cláusulas que cumplan los requisitos del artículo 10.bis.1 LGDCU ya vendrán enumeradas en la Disposición Adicional Primera.

IV. EL LISTADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

En la Disposición Adicional 1.^a LGDCU se contiene la relación de cláusulas abusivas, que expondremos siguiendo la sistemática de la Ley, la cual agrupa las cláusulas en función de distintos criterios.

(32) No obstante, como se ha dicho, la labor interpretativa del Juez será precisa en muchos casos ante la existencia de conceptos jurídicos indeterminados.

(33) Un control de los contratos con condiciones generales no se ha conseguido con el registro de condiciones generales, creado por el artículo 11 LCGC. La función del Registro es difundir los clausulados de condiciones generales para facilitar su impugnación mediante el ejercicio de las acciones colectivas y difundir las sentencias para su aplicación por los jueces, pero el Registro no constituye un mecanismo de control de la validez de tales condiciones. Véase al respecto DE SALAS MURILLO, «Aproximación al nuevo Registro de condiciones generales de la contratación», *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 41, págs. 2471-2488.

A) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR VINCULAR EL CONTRATO A LA VOLUNTAD DEL PROFESIONAL

El primer grupo de cláusulas enumeradas en la Disposición Adicional Primera LGDCU son consideradas abusivas porque vinculan el contrato a la voluntad del profesional, lo que ya atenta contra el artículo 1.256 del Código Civil —que prohíbe dejar la validez y el cumplimiento de los contratos en manos de un solo de los contratantes—, y contra algunas de las previsiones establecidas en el Anexo 1 de la Directiva.

1. *Cláusulas abusivas por reservar al profesional un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual, o para satisfacer la prestación debida, o que prevean una prórroga obligatoria sin conceder al consumidor un plazo suficiente para oponerse*

En el número 1 de la Disposición Adicional Primera se hace referencia a tres tipos de cláusulas abusivas, de las que sólo la última de ellas está contemplada en el Anexo 1 de la Directiva:

- a) Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual. El precepto, que tiene su origen en el derecho alemán (34), presenta el problema de que en el Derecho español la oferta unilateral no tiene carácter vinculante, salvo que así lo establezca la ley o la voluntad expresa de su autor. Por tanto, la justificación de tal regla no debe encontrarse en la falta de reciprocidad que supondría que el consumidor se hallase unilateralmente vinculado a su oferta, sino en la situación de incertidumbre en que el consumidor se puede encontrar si el profesional no contesta, ni afirmativa ni negativamente, tal oferta (35). Para evitar tal incertidumbre, y posibilitar que, en caso que el profesional no acepte la oferta, el consumidor pueda dirigirse a otros profesionales, la Ley exige que el plazo no sea «excesivamente largo» o «insuficientemente determinado». Estamos, por tanto, ante conceptos jurídicos indeterminados, que deberán ser perfilados por doctrina y jurisprudencia conforme a las exigencias de la buena fe [arts. 1.258 del Código

(34) Concretamente, como ha puesto de manifiesto DURANY PICH, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 981, se trata de un precepto traducido literalmente del § 10.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación alemana.

(35) En este sentido, CÁMARA ÁGUILA, *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 837.

Civil, 10.1.c) y 10.bis.1.I LGDCU], los usos y la ley (art. 1.258 del Código Civil), y que podrán ser diferentes en función del negocio de que se trate; un mismo plazo podrá ser «excesivamente largo» en un determinado negocio, pero adecuado en otro (36). Y un plazo será «insuficientemente determinado» cuando se encuentre en función de circunstancias que, directamente o indirectamente, dependan del profesional, y que el consumidor no pueda conocer *a priori*. No se trata de que el profesional se reserve un plazo excesivo, sino que el consumidor desconoce cuál será el plazo (por ejemplo, cuando se establezca en una cláusula que «el plazo empezará a correr a partir de la inspección realizada por los técnicos del profesional» sin que se fije ningún plazo para llevar a cabo dicha inspección, o «la empresa contestará en cuanto pueda», o «lo antes posible») (37).

- b) Son también abusivas las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para satisfacer la prestación debida. En este caso la incertidumbre ya no afecta a la perfección del contrato, sino al cumplimiento de la prestación por parte del profesional. El carácter abusivo no deriva de la falta de reciprocidad en el cumplimiento de la obligación (cláusula abusiva condenada por el núm. 15), sino del hecho que el consumidor no sólo no podrá exigir el cumplimiento del contrato de manera inmediata, sino que, o bien no se sabe cuándo se producirá el cumplimiento (por ejemplo, la realización de la operación «cuando el volumen de trabajo del profesional se lo permita»), o bien aquél tendrá lugar en un plazo demasiado largo. Al igual que en el caso anterior, estamos ante conceptos jurídicos indeterminados que deberán ir siendo precisados por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia.
- c) Y, por último, el número 1 declara abusivas las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo. Se transpone el Anexo 1.h) de la Directiva, que prevé que puedan ser declaradas abusivas aquellas cláusulas que tengan por efecto *«prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor*

(36) Debe tratarse de un «plazo razonable»; la STS de 3 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8963) consideró que después de seis años de una oferta irrevocable para la adquisición de un inmueble, tal oferta podía ser revocada (DURANY PICH, *ob. cit.*, pág. 984).

(37) Véase CÁMARA ÁGUILA, *ob. cit.*, pág. 839.

exprese su voluntad de no prorrogarlo». No es posible fijar *a priori* un plazo general para todos los contratos, sino que la abusividad deberá apreciarse en cada caso atendiendo a circunstancias como la duración del contrato (por ejemplo, no es lo mismo establecer un plazo de 90 días para un contrato que ha durado cinco años, que para otro de un año), o la fijación de un plazo por la Ley.

2. *Cláusulas abusivas por conceder unilateralmente al profesional una facultad de interpretación, modificación o resolución del contrato*

En el número 2 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se enumeran una serie de cláusulas que se consideran abusivas porque dejan que el contrato, o alguno de sus aspectos, quede en manos del profesional:

- a) Es abusiva la reserva a favor del profesional de la facultad de interpretar unilateralmente el contrato. Se transpone el Anexo 1.m.fin de la Directiva, que prevé que puede ser declarada abusiva la cláusula que confiere al profesional *«el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato»*. El carácter abusivo de tal cláusula viene determinado por varias razones. Primeramente, porque supone introducir un grado de arbitrariedad en el contrato a favor del profesional, en contra del artículo 1.256 del Código Civil. Y, en segundo lugar, porque esta arbitrariedad se establece a favor de quien ha redactado el contrato, que es quien ha originado por tanto la duda interpretativa. Resultaría inadmisibles que quien hubiese causado tal duda sea el encargado de resolverla, dado que ello podría suponer la facultad de configurar a su antojo el contenido del contrato, contraviniendo las más elementales exigencias de transparencia. Se podría estar vulnerando el artículo 1.288 del Código Civil, que prohíbe que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato pueda beneficiar a quien ha causado la oscuridad (el profesional) (38).
- b) Es asimismo abusiva la cláusula que reserve al profesional la facultad de modificar unilateralmente el contrato, sin motivos válidos especificados en el mismo (39). La norma tiene su precedente directo en la

(38) Por otra parte, la doctrina no admite la posibilidad de que puedan existir unos *«válidos motivos especificados»* en el contrato que puedan justificar, a favor del profesional, la reserva de la facultad de interpretarlo, al entender que tal inciso se refiere exclusivamente a la facultad de modificación unilateral del contrato; véase FERRER RIBA, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 993, y ÁLVAREZ OLALLA, *Comentarios Bercof*, cit., pág. 856.

(39) Y en los números 7 y 24 de la D. A. Primera se contienen cláusulas que suponen también una modificación unilateral del contrato por parte del profesional (concretamente, se produce un aumento de precio).

cláusula j) del Anexo de la Directiva (40), y su justificación es evidente: evitar que el consumidor quede vinculado a un contrato en el que las condiciones le resultarán, previsiblemente, más onerosas a consecuencia de la modificación impuesta por el profesional, contraviniendo el artículo 1.256 del Código Civil. Tenga o no carácter imperativo dicho precepto, lo que nos parece claro es que prohíbe la arbitrariedad impuesta por el profesional frente al consumidor (41). En cualquier caso, la Ley admite la validez de tal cláusula si existe un motivo lícito que la justifique. FERRER RIBA (42) exige para tal validez que se produzca un reajuste equilibrado del contrato, y que una renegociación bilateral sea imposible o demasiado costosa (43).

Como supuestos de cláusulas que pueden quedar afectadas por tal regla, la doctrina cita, entre otras, las siguientes (44):

- Las que facultan al profesional para entregar otro producto diferente, ya sea respecto a su naturaleza, sus características (45), calidad o cantidad, o persona que haya de realizar la obra o prestar el servicio. Se trata de un tipo de cláusulas muy habituales en ciertos contratos, como por ejemplo en el ámbito de la construcción —el contratista pretende reservarse la facultad de modificar el precio por la aparición de trabajos imprevistos— o en el turístico —cuando el organizador se vea obligado a modificar alguna característica del viaje combinado— (46).

(40) Que considera que pueden ser abusivas las cláusulas que autoricen «*al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo*». Asimismo, el Anexo 1.k) de la Directiva señala que pueden declararse abusivas las cláusulas que autoricen «*al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar*».

(41) Véase ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, pág. 857 y sigs.

(42) *Ob. cit.*, pág. 1002.

(43) La jurisprudencia se ha referido en diversas ocasiones a este tipo de cláusulas. Entre ellas, la STS de 4 de diciembre de 1998 (RJ/1998/8788) se refería a un supuesto en que la empresa constructora se había reservado la facultad de realizar modificaciones en el proyecto inicial del edificio, si se cumplían ciertos requisitos. La modificación que se realizó fue la de sustituir los radiadores por otros de inferior calidad. El TS consideró abusiva esta cláusula, señalando que no eran admisibles «*aquellas variaciones que no supongan, en puridad, más que una reducción de la calidad de los materiales*».

(44) FERRER RIBA, *ob. cit.*, págs. 995-1000.

(45) Se hace referencia implícita, por tanto, a la cláusula k) del Anexo 1 de la Directiva, que no ha sido objeto de transposición expresa.

(46) La Ley española de viajes combinados reconoce en sus artículos 8 y 10 la facultad de modificación unilateral del contrato, pero en este caso el consumidor podrá resolver el mismo y exigir la indemnización de daños y perjuicios si la modificación no fue debida a causas de fuerza mayor.

- Las cláusulas que permitan variar los elementos accidentales del contrato —plazos de ejecución de la prestación y de vencimiento de la obligación (provocando, por ejemplo, un vencimiento anticipado), periodicidad, condiciones—, el lugar o el modo de cumplimiento (por ejemplo, llevar a cabo un cumplimiento por plazos).

Ahora bien, siguiendo lo establecido en el Anexo 2.b) de la Directiva, en el apartado 2.º del número 2 de la Disposición Adicional Primera se admite la validez de ciertas cláusulas de modificación de algún elemento del contrato cuando éste se refiera a la prestación de servicios financieros. En primer lugar, son válidas las cláusulas en las que el prestador de servicios se reserva la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés, así como el importe de ciertos servicios financieros, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que exista una razón válida para ello, o que el interés o el importe de tales servicios se encuentre adaptado a un índice legal y se describa el modo de variación del tipo; que el profesional informe inmediatamente al consumidor de tal modificación; y que el consumidor, ante tal modificación, tenga el derecho de rescindir el contrato. Y, tratándose de un contrato de duración indeterminada, el prestador de servicios financieros podrá modificar unilateralmente el contrato si informa al consumidor con una antelación razonable, y éste tiene la facultad de resolver el contrato.

- c) En tercer lugar, también tiene carácter abusivo la reserva a favor del profesional de la facultad de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce esta misma facultad (47). Ahora bien, la incorporación de esta cláusula al ordenamiento español ha sido discutida, dado que la concesión de la facultad de resolución con carácter recíproco no excluye la idea de desigualdad, que tendrá lugar cuando la facultad de desistimiento ya venga reconocida por Ley al consumidor, o porque la utilidad sea mucho menor para el mismo. No debemos perder de vista que, en la contratación en masa, al profesional poco le importa que un consumidor resuelva un contrato, mientras que para éste sí podría resultar muy perjudicial la resolución impuesta por el profesional. Y, en este sentido, un sector de la doctrina ha considerado que en el mundo bancario el derecho de desistimiento conferido al banco no puede ser compensado por la concesión del mismo derecho al consumidor,

(47) Esta cláusula está recogida asimismo en el núm. 17.pr. Disp. Ad. 1.ª LGDCU, transponiendo la cláusula 1.f) del Anexo A de la Directiva.

debido a las distintas consecuencias que para uno y otro produce dicha extinción (48).

- d) Por último, la Disposición Adicional Primera 2.I.fin LGDCU establece la abusividad de la cláusula en virtud de la cual el profesional se reserve la facultad de resolver, en un plazo desproporcionadamente breve, o sin previa notificación con antelación razonable, un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo. Si el contrato es por tiempo indefinido, las partes tienen el derecho a desistir del mismo, a pesar de que no venga recogido expresamente en el contrato. Aunque no existe en el Derecho español ningún precepto de carácter general que recoja explícitamente este derecho de desistimiento, así lo entiende la doctrina (49), la jurisprudencia (50), y así lo establece algún precepto concreto como, por ejemplo, el artículo 1.705 del Código Civil respecto al contrato de sociedad civil. Ahora bien, es generalmente admitido por la doctrina que dicho derecho de desistimiento deberá ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe (arts. 7 y 1.258 del Código Civil). Por ello, resulta adecuado que el Anexo 1.g) de la Directiva establezca que el ejercicio de tal derecho se haga dando un preaviso en un plazo razonable, a no ser que existan unos «motivos graves» que justifiquen lo contrario.

En cuanto a la Ley española, en su particular transposición de la Directiva, ha hecho alguna matización. Por una parte, señala que los «motivos graves» se deben referir necesariamente a la alteración de las circunstancias que motivaron la celebración del contrato. En segundo lugar, considera que el incumplimiento del contrato legitima la facultad de resolución anticipada. Y, por último, habla de un «plazo desproporcionadamente breve» —otro concepto impreciso—, expresión con la que no hace referencia al preaviso, sino a un plazo mínimo que debe transcurrir desde la celebración del contrato hasta el desistimiento (51); es decir, todo contrato, aunque se haya celebrado por tiempo indefinido, debe tener un período mínimo de vigencia, de manera que sólo podrá ser rescindido por incumplimiento o por «motivos graves».

(48) MARTÍNEZ SANZ y JUAN Y MATEU, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 1014.

(49) MARTÍNEZ SANZ y JUAN Y MATEU, *ob. cit.*, pág. 1019.

(50) Entre otras, la STS de 22 de marzo de 1988 (RJ 1988/2224).

(51) En este sentido, MARTÍNEZ SANZ y JUAN Y MATEU, *ob. cit.*, pág. 1020.

Finalmente, debe señalarse que, conforme al último inciso de la Disposición Adicional Primera 2.II, y conforme al Anexo 2.a) de la Directiva, el prestador de servicios financieros podrá, en caso de «razón válida», rescindir unilateralmente sin previo aviso un contrato de prestación de servicios financieros de duración indefinida, con la condición de que informe inmediatamente de ello a los demás contratantes.

3. *Cláusulas abusivas por vincular de manera incondicionada al consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o por imponer al consumidor una indemnización desproporcionadamente alta en caso de incumplimiento de sus obligaciones*

En el número 3 de la Disposición Adicional Primera se agrupan dos cláusulas abusivas bien diferentes, dado que una parte del supuesto en que se haya producido un incumplimiento del profesional, y otra de que este incumplimiento sea del consumidor:

- a) En primer lugar, se considera abusiva la vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones. No existe ninguna cláusula con la misma redacción en el Anexo de la Directiva; si bien podría entenderse que tiene su origen en el Anexo 1.o) —que considera abusiva la cláusula que obligue al consumidor «a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas»—, lo cierto es que tal cláusula aparece transpuesta con más fidelidad en el número 15 de la Disposición Adicional Primera. La cláusula considerada abusiva niega al consumidor la facultad de rescindir el contrato en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del profesional, por lo que implica, además de negar la facultad de resolución por incumplimiento de la otra parte, que el consumidor sigue obligado a cumplir con su obligación. Se infringe con ello el artículo 1.124 del Código Civil, y también los artículos 4 y siguientes de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantía en los Bienes de Consumo, que, en caso de falta de conformidad del bien, concede al consumidor la facultad de resolución del contrato, si no se ha podido obtener la reparación o la sustitución del producto. En cualquier caso, se trata, como decimos, de una cláusula reiterativa, y por tanto innecesaria, que se contempla también en el número 15, así como en el número 12, y también de manera implícita en el número 9.

- b) Y, reproduciendo casi de manera literal el Anexo 1.e) de la Directiva, también se considera abusiva la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones. Estamos ante la imposición de una cláusula penal de cuantía excesiva, y esta cuantía desproporcionada, y no la falta de reciprocidad, es lo que hace que tal cláusula se considere abusiva.

Tengamos presente que, de acuerdo con la teoría general del artículo 1152.1 del Código Civil, la cláusula penal tiene como misión evaluar por anticipado los daños y perjuicios que el incumplimiento puede producir a las partes. Ello podría dar lugar a la imposición al consumidor de una pena excesivamente alta, peligro que es dudoso evite el artículo 1.154 del Código Civil, dado que su tenor literal permite únicamente la modificación de la pena por el Juez en caso de cumplimiento parcial o defectuoso (*«cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»*). Con la disposición del número 3, se evita para el consumidor el peligro que le supone la imposición por el profesional de penas abusivas en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

Observemos que, nuevamente, se plantea el problema de la imprecisión del concepto utilizado para determinar la abusividad: «indemnización desproporcionadamente alta». La proporcionalidad deberá establecerse entre los daños y perjuicios sufridos por el profesional y la cuantía de la pena. Conforme a ello, señala QUICIOS MOLINA que la valoración de la proporción o desproporción no debe ser anticipada, sino que la abusividad o no de la cláusula deberá decidirse después del incumplimiento (52). Ahora bien, según nuestra opinión, ello no debe obstar a que puedan declararse abusivas aquellas penas que ya *a priori* se observe que resultan desmesuradas.

4. *Cláusulas abusivas por supeditar el cumplimiento de las prestaciones del profesional a una condición que dependa de su voluntad, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso en firme*

En el número 4 de la Disposición Adicional Primera se considera abusiva la cláusula en virtud de la cual, existiendo vinculación por parte del consumidor, el profesional sujete el cumplimiento de su prestación a una condición que dependa de su voluntad, como por ejemplo cuando se establezca que: «El contrato sólo será válido si es posteriormente firmado por el profe-

(52) QUICIOS MOLINA, *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 901.

sional» (53). El precepto se inspira en el Anexo 1.c) de la Directiva («prever un compromiso en firme del consumidor, mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad»), y no supone otra cosa que reiterar el carácter abusivo de aquellas cláusulas que supongan una vinculación unilateral del consumidor. Resulta obvio que la suerte de la obligación no puede depender de que el profesional quiera cumplir o no (arts. 1.115 y 1.256 del Código Civil); en cualquier caso, el precepto merece algunas consideraciones:

1.^a A diferencia de lo que ocurre en el artículo 1.115 del Código Civil —que en el caso de que el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor se declara no la nulidad de la condición, sino de la obligación—, la abusividad de la cláusula recogida en el número 4 determinará, por aplicación del artículo 10.bis.2 LGDCU, que tal condición se tendrá por no puesta (54).

2.^a Mientras en el artículo 1.115 del Código Civil la nulidad no depende de la falta de reciprocidad, sino del hecho de quedar al arbitrio de una de las partes, del número 4 parece desprenderse que si no hay tal «compromiso firme» por parte del consumidor, la cláusula no será abusiva. Ahora bien, como observa SEUBA TORREBLANCA (55), si el consumidor no está vinculado, y el profesional tampoco (de su voluntad depende el cumplimiento de la condición), en realidad no existe contrato.

3.^a Existen una serie de supuestos en los que la Ley reconoce un derecho de desistimiento al consumidor (por ejemplo, en el art. 10 LDAT). En estos casos, a pesar de que el compromiso del consumidor «no es firme», y aunque no están incluidos dentro del supuesto del número 4, tal condición no es admisible conforme a la regla general de equilibrio del artículo 10.bis.1 LGDCU.

En todo caso, afortunadamente son muy extraños los casos en los que se impone una condición que dependa únicamente de la voluntad del profesional y que pueda llevar a un incumplimiento absoluto de la obligación.

(53) Si bien realmente éste es un supuesto que encaja mejor en el número 1 de la Disposición Adicional Primera LGDCU.

(54) Véase al respecto BERCOVITZ ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 919 y sigs.

(55) *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 1042.

5. *Cláusulas abusivas por consignar fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional*

En el número 5 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se considera abusiva la cláusula en virtud de la cual el profesional consigna en el contrato una fecha de entrega meramente indicativa y condicionada a su voluntad. El carácter abusivo de tal cláusula —que no viene recogida en el Anexo de la Directiva— es conforme con lo establecido en el artículo 1128.2 del Código Civil, según el cual si el plazo queda a voluntad del deudor, los tribunales deberán fijar su duración.

6. *Cláusulas abusivas por excluir o limitar la obligación del profesional de respetar los compromisos adquiridos por sus representantes, o por supeditar tales compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades*

El número 6 de la Disposición Adicional Primera LGDCU condena por abusiva la cláusula que permite al profesional excluir o limitar los compromisos adquiridos por sus representantes, o supeditarlos al cumplimiento de determinadas formalidades. Supone la transposición del Anexo 1.n) de la Directiva, que considera abusivo «*restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares*». Por tanto, se contemplan dos tipos de cláusulas abusivas:

- a) La cláusula que excluya o limite la obligación del profesional de respetar los compromisos adquiridos por sus representantes, en la que existiría vinculación para una de las partes —el consumidor—, pero no para el profesional, lo que iría de nuevo contra el artículo 1.256 del Código Civil. El acuerdo alcanzado por el representante que actúa en nombre del representado vincula a éste, y admitir la posibilidad de excluir o limitar tal vinculación supondría dejar en sus manos la eficacia del contrato, lo que no permite el citado artículo 1.256 del Código Civil. Por tanto, tal cláusula será abusiva, y en consecuencia nula, con independencia de que el consumidor conozca o no esta exclusión o limitación (56).
- b) El segundo inciso no está redactado de una manera muy clara. La duda que plantea es si se refiere exclusivamente al caso en que los

(56) Véase, no obstante, ALFARO y CAMPINS, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 1063.

acuerdos hayan sido alcanzados por el representante del profesional, o si alcanza todos los casos, es decir, tanto si los acuerdos los ha cerrado el representante como el propio profesional (57). En el fondo, el problema que subyace es el de si las partes pueden pactar una forma determinada cuando la Ley no la exige. Tal posibilidad, discutible en la contratación ordinaria al amparo de los artículos 1.278 y siguientes del Código Civil, no se permite en las cláusulas predispuestas por el profesional, con independencia de si el cumplimiento de dichas formalidades depende exclusivamente del profesional o no.

7. *Cláusulas abusivas por permitir al profesional la fijación o modificación del precio*

En el número 7 de la Disposición Adicional Primera se consideran abusivas las denominadas «cláusulas de reserva de precio», en cuya virtud el precio lo determinará el profesional en el momento de la entrega del bien o la prestación del servicio, y las «cláusulas de adaptación del precio», que permiten al profesional modificar unilateralmente el precio final. El precepto supone la transposición del Anexo 1.l) —que considera abusivo *«estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato»*— y 2.d) de la Directiva, que excepciona *«las cláusulas de adaptación de los precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellas se describa explícitamente el modo de variación del precio»*. Su fundamento, según señala EGEA FERNÁNDEZ (58), no se encuentra ni en el control de los precios, ni en la exigencia de que éstos sean justos, sino en garantizar la posición de igualdad jurídica del consumidor como parte contractual, conforme a las exigencias de la buena fe.

- a) En las cláusulas de reserva de precio no existe un precio acordado, sino que éste se deja en manos del profesional, que lo determinará en el momento de cumplimiento de la prestación. Ello atenta contra el

(57) Esta última es la opinión de ALFARO y CAMPINS, *ob. cit.*, pág. 1064, quienes citan la STS de 27 de enero de 1995 (RJ 1995/173), en la que, a pesar de haberse pactado en un contrato de obra que para cualquier modificación por ampliación se precisaba un consentimiento por escrito, se admitió la validez del consentimiento prestado en forma verbal, y se condenó al dueño de la obra a pagar el precio correspondiente al aumento de la obra una vez acreditado dicho consentimiento.

(58) *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 1070.

artículo 1.449 del Código Civil, según el cual el señalamiento del precio no podrá dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. A la reserva de precio se equipara la fijación de un precio orientativo, con la indicación de que el precio definitivo vendrá determinado por la lista oficial de precios del profesional vigente en el momento de entrega de la prestación (59). Sí se admitiría, en cambio, la cláusula en la que se determinase el módulo para el cálculo del precio, y su importe exacto debiese quedar fijado por el número de unidades utilizadas (por ejemplo, en la reparación del coche o de la calefacción, que se estableciese el precio de cada hora trabajada, pero sin determinarse el número de horas que serán necesarias para la reparación; ello, sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor a la elaboración de un presupuesto).

Al ser el precio un elemento esencial del contrato, se plantea el problema de las consecuencias de su indeterminación. Una primera opción sería aplicar la teoría general del contrato, y entender que el contrato no se ha perfeccionado al faltar un elemento esencial, por lo que no existiría contrato. Pero si, por el contrario, se aplica la normativa del artículo 10.bis LGDCU, no será nulo el contrato, sino la cláusula, con lo cual existiría un contrato al que le faltaría el precio, lo que requeriría acudir a la integración del contrato conforme a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1.258 del Código Civil), por ejemplo acudiendo al precio de mercado del bien o servicio (60). Esta segunda posibilidad parece ser la que más favorece al consumidor, a quien le interesa mantener el contrato.

Una buena parte de las cláusulas declaradas abusivas por la causa que analizamos se encuentran en el ámbito bancario, y concretamente se refieren al tipo de interés aplicable en los descubiertos en cuenta corriente. La SAP de Valladolid, de 3 de octubre de 1997 (*RJ* 1997/1983) declaró abusiva una cláusula predispuesta de un contrato de cuenta corriente en la que el tipo de interés quedaba al arbitrio de la entidad crediticia; la cláusula estipulaba que: «*En todo caso los descubiertos devengarán a favor de la Caja el interés que en cada momento tenga comunicado la Caja al Banco de España para los descubiertos en cuenta corriente...*» (61).

- b) En cuanto a las cláusulas de adaptación del precio, debe partirse de la base de que para una modificación del precio inicialmente pactado

(59) EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 1072. Véase también CÁMARA ÁLVAREZ, *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 968 y sigs.

(60) EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 1074.

(61) Véase el comentario del § F.

se precisa la conformidad de ambos contratantes, vía novación modificativa del contrato. Pero una modificación unilateral no es admisible, conforme al artículo 1.256 del Código Civil.

El precio comprende todo lo que el consumidor debe satisfacer como contraprestación, incluyendo tanto los impuestos como las cantidades que se deriven de eventuales prestaciones adicionales (62). Ahora bien, quedan fuera de esta cláusula los aumentos de precio que deriven de la solicitud del consumidor de aumento de la prestación.

Atendiendo a la regla que ahora comentamos, son nulas las cláusulas en las que se prevea la adaptación automática del precio conforme a acontecimientos venideros que dependan de la voluntad del profesional; sí se admiten, en cambio —como dice expresamente el apartado 2 del núm. 7—, si se trata de unos índices que impliquen una garantía de objetividad para el consumidor (por ejemplo, «índices legales», o «valores de mercado», aludidos por otra parte en el Código Civil español, art. 1.448).

La SAP de Madrid, de 7 de junio de 1994 (RJ 1994/1155) no consideró abusiva la cláusula contenida en un contrato de pasaje aéreo en que se preveía la validez del billete por un año a contar desde la fecha de emisión —la cláusula disponía que *«la tarifa está sujeta a modificación antes de iniciarse el viaje»*—, dado que tal precio no lo fijaba unilateralmente el transportista, sino que requería aprobación del Ministerio. Por ello, la doctrina entiende que son válidas las cláusulas de aumento de los precios si éstos están sometidos a autorización (63).

La regla general es, por tanto, la de la nulidad tanto de las cláusulas de reserva como de adaptación del precio, salvo que la adaptación se haga conforme a unos índices legales. Ahora bien, la Ley prevé dos casos en los que tal estipulación o aumento no son considerados abusivos: cuando existan «razones objetivas» para ello, y cuando el consumidor tenga el derecho de rescindir el contrato si el precio final resultarse muy superior al inicialmente estipulado:

1. El número 7 parece dar a entender que, si existen tales «razones objetivas», la cláusula no es considerada abusiva, lo que infringe la Directiva, al no estar contempladas dichas «razones objetivas» en su Anexo 1.1) como circunstancia que excluye el carácter abusivo de la determinación o aumento unilateral del precio por el profesional. La interpretación literal de tal norma

(62) Véase la Cláusula 24.

(63) EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 1079.

es que si el aumento o posterior estipulación del precio se debe a circunstancias «objetivas», la cláusula es válida, aunque no se reconozca al comprador el derecho de desistir del contrato. En cualquier caso, para la validez de la cláusula, tales circunstancias no deberían señalarse de manera «abstracta» —es decir, hablando simplemente de «causas objetivas»—, sino que deberían individualizarse, dando a conocer al comprador qué circunstancias podrían condicionar la determinación del precio. Y, si se dan tales «razones objetivas», la literalidad de la norma no permite, como decimos, que el comprador pueda rescindir el contrato, rescisión que, por otra parte, no es una salvaguarda de los derechos del consumidor, ya que a él lo que le interesará seguramente será la celebración del contrato.

2. Si en el contrato se establece la facultad del profesional de aumentar el precio (64), en el número 7 se admite la validez de tal cláusula si se reconoce al consumidor la facultad de rescisión del contrato, pero únicamente si el precio final resulta «muy superior» —otro concepto jurídico indeterminado— al inicialmente estipulado (65). Por tanto, la interpretación literal del precepto llevaría a la conclusión de que, si el incremento no es importante, el consumidor está obligado a soportarlo, sin facultad de resolución, existan o no razones objetivas que justifiquen tal incremento.

No obstante, consideramos que tal interpretación literal es, en ambos casos, inaceptable, de manera que, haciendo una interpretación sistemática del precepto, se debe llegar a las siguientes conclusiones:

1.^a La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien sólo se permite si existen «razones objetivas» para ello, y se concede al consumidor el derecho de rescindir el contrato en el caso que no esté conforme con dicho precio.

2.^a El aumento del precio no es abusivo si se basa en razones objetivas y, en el caso en que el incremento sea considerable, si se reconoce al consumidor la facultad de rescisión del contrato (66).

(64) Aunque la dicción literal del precepto dé a entender que se refiere tanto a la estipulación del precio, como al aumento, consideramos que es aplicable únicamente a este último supuesto, dado que en el caso de estipulación del precio en el momento de la entrega del bien no cabe el supuesto de «precio final muy superior al inicialmente estipulado», ya que inicialmente nada se ha estipulado.

(65) Por tanto, no se atiende a la adecuación del precio final al valor de mercado, sino a la cuantía del aumento respecto al precio fijado inicialmente.

(66) En este sentido, entiende EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 1081 y sigs., que no es suficiente con que el aumento del precio no sea arbitrario, es decir, que no dependa de la voluntad del profesional; señala que una interpretación según la Directiva impide que se puedan trasladar al consumidor, sin más, los riesgos derivados de cualquier cambio de circunstancias, y pone por ejemplo que, aunque en sentido amplio pudiera catalogarse como razón objetiva, debe considerarse nula la estipulación predispuesta por la que el

8. *Cláusulas abusivas por conceder al profesional el derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta o no a lo estipulado en el contrato*

En el número 8 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas las cláusulas que conceden al profesional el derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta o no a lo estipulado en el contrato. Se transpone la primera parte del Anexo 1.m) de la Directiva —que considera abusivo «conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato»—. El precepto, basado de nuevo en el principio de la prohibición de arbitrariedad en los contratos recogido con carácter general en el artículo 1.256 del Código Civil, considera abusivo que sea el profesional quien decida si ha cumplido o no correctamente con su obligación. Esta cláusula permitiría al profesional cumplir de cualquier forma, al ser él el encargado de apreciar si la prestación realizada es o no correcta (67). Esta facultad, conforme a las reglas generales, debería corresponder a ambas partes, y en caso de discrepancia, debería resolver el Juez.

B) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR SUPONER LA PRIVACIÓN DE DERECHOS BÁSICOS DEL CONSUMIDOR

En los números 9 a 14 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se enumeran una serie de cláusulas consideradas abusivas por suponer la privación de derechos básicos del consumidor.

9. *Cláusulas abusivas por excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del profesional*

En el número 9 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se considera abusiva la cláusula que excluya o limite, de forma inadecuada, los derechos legales del consumidor en caso de incumplimiento, total o parcial, o cumplimiento defectuoso por parte del profesional. Se transpone el Anexo 1.b).pr. de la Directiva, que habla de «excluir o limitar de forma inadecuada

profesional se reserva la facultad de aumentar el precio si los costes de producción se encarecen como consecuencia de una huelga o cualquier otra circunstancia ajena a su voluntad, por considerar lícita esta cláusula si se otorgara al consumidor la facultad de resolver el contrato.

(67) A la atribución de tal facultad al profesional se confiera que se atribuya a un empleado suyo.

cuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional». Tales «derechos legales del consumidor» son el de elegir entre el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, si el acreedor incumple, total o parcialmente, su obligación (art. 1.124 del Código Civil), así como el de exigir la reparación o sustitución del producto y, si ello no es posible, la resolución del contrato o una rebaja en el precio, en caso de cumplimiento defectuoso (arts. 4 y sigs. de la Ley sobre Garantías de los Bienes de Consumo) (68). Como decimos, será abusiva la exclusión o limitación, «de forma inadecuada», de tales derechos. Esta última expresión —«de forma inadecuada»—, hace que tal cláusula no siempre tenga la consideración de abusiva, y su imprecisión introduce una vía de entrada a la cláusula de equilibrio, en el sentido que, en última instancia, serán las circunstancias del artículo 10.bis.I LGDCU las que determinarán el carácter abusivo.

10. *Cláusulas abusivas por excluir o limitar la responsabilidad del profesional*

En el número 10 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se considera abusiva *«la exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste»*. Se contemplan, por tanto, dos tipos de cláusulas abusivas:

- a) Las cláusulas que limiten o excluyan la responsabilidad civil del profesional por los daños, muerte o lesiones causados por una acción u omisión del profesional. Se transpone —con alguna modificación— el Anexo 1.a) de la Directiva —que habla de *«excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños*

(68) Tras dicha Ley, es superfluo el inciso segundo del número 9, que no se encuentra en la Directiva, conforme al cual se consideran abusivas *«las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultaren insatisfactorias»*.

físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional»—. Cabe hacer, al respecto, las siguientes precisiones:

- 1.^a La Directiva se refiere a la responsabilidad «legal» del profesional, mientras que en la Ley española desaparece la referencia a la Ley; con ello se da entrada a la responsabilidad establecida por la jurisprudencia (69).
 - 2.^a Mientras la Directiva habla solamente de «muerte o daños físicos», la Ley española contempla los «daños» en general, por lo que quedan incluidos los daños morales y los daños patrimoniales causados a bienes del consumidor (por ejemplo, por la explosión de una estufa).
 - 3.^a La Ley española habla expresamente de responsabilidad del profesional «en el cumplimiento del contrato», por lo que estamos ante una responsabilidad contractual.
 - 4.^a El carácter abusivo no solo de las cláusulas que excluyan, sino también de las que limiten la responsabilidad, hace que no puedan excluirse los daños producidos por dolo, y tampoco los originados por culpa. El precepto no implica que siempre deba responderse de los daños —no se responderá si se actuó diligentemente—, sino que no podrá alterarse el régimen legal de responsabilidad establecido en el artículo 1.101 del Código Civil (70).
 - 5.^a El hecho de que los daños sean causados por una «acción u omisión» del profesional, hace que se excluyan los ocasionados por fuerza mayor o caso fortuito (71).
- b) El número 10 declara también abusiva la *«liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste»*. Se transpone el Anexo 1.p) de la Directiva que, en una redacción mucho más correcta, considera abusivo *«prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste»*. Y decimos que la redacción de la Directiva era mucho más correcta porque la Ley española parece partir del supuesto de que haya existido una cesión del contrato por parte del profesional a un tercero sin el

(69) MORALES MORENO, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 1153.

(70) Véase QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1012 y sigs.

(71) QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1016.

consentimiento del consumidor, lo que no es posible, al suponer la cesión del contrato una transmisión del crédito, pero también de la deuda, y requerir por tanto el necesario consentimiento de ambas partes.

Una interpretación no literal de este precepto, pero sí ajustada al tenor de la Directiva, llevaría a las siguientes conclusiones:

- 1.^a La cesión del contrato no la puede realizar el profesional unilateralmente, sino que requiere el consentimiento por parte del consumidor.
- 2.^a Se admite la validez de la cláusula que concede al profesional la posibilidad de cesión del contrato.
- 3.^a La Ley no permite, no obstante, que tal cesión libere de responsabilidad al profesional, de tal manera que se considera abusiva la cláusula que establezca tal liberación de responsabilidad sin necesidad de consentimiento, en su momento, por parte del consumidor, cuando ello suponga una merma de sus garantías, entendidas éstas como la posición económica del consumidor en cuanto al nivel de probabilidad de que el otro contratante pueda cumplir y cubra el riesgo de insatisfacción del interés del consumidor.
- 4.^a No se considera, por tanto, abusiva la cláusula que permite al profesional ceder el contrato a un tercero, sino la que establece, además, que una vez realizada tal cesión el profesional quedará exento de responsabilidad. Como afirma MORALES MORENO (72), el consentimiento no se refiere a la cesión del contrato, sino a la liberación de la responsabilidad del profesional.

11. *Cláusulas abusivas por privación al consumidor de las facultades de compensación de créditos, y de retención y consignación*

En el número 11 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que privan o restringen al consumidor «de las facultades de compensación de créditos, así como de las de retención o consignación». Con una redacción no muy afortunada, se hace referencia a tres tipos diferentes de cláusulas limitativas:

- a) Las que privan o restringen al consumidor de la facultad de compensación de créditos. Se transpone el Anexo 1.b).fin Directiva, según el cual son abusivas las cláusulas que excluyan o limiten, de manera

(72) *Ob. cit.*, pág. 1157.

inadecuada, *«la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último»*. En el Derecho Civil español, la compensación es una causa de extinción de las obligaciones, conforme al artículo 1.156 del Código Civil, y, según la mayoría de la doctrina, opera de manera automática (arts. 1.195 y 1.202). Ahora bien, tal efecto automático podría ser excluido en virtud de pacto entre las partes. Este pacto, que se admite en base al artículo 1.255 del Código Civil, es considerado abusivo en los contratos celebrados con consumidores, a los que no se les puede «privar» o «restringir» tal derecho. Mientras la «privación» significa excluir totalmente la posibilidad de compensar las deudas recíprocas entre profesional y consumidor, la «restricción» significa poner obstáculos para que la compensación se produzca, como por ejemplo exigir requisitos no previstos legalmente, o excluirla en supuestos permitidos.

- b) En segundo lugar, son abusivas las cláusulas que priven al consumidor de la facultad de «retención», cláusula que no está prevista en el Anexo 1 de la Directiva. El derecho de retención es la facultad que se concede al acreedor para conservar en su poder una cosa hasta que se le pague un crédito, y tiene una difícil aplicación en la contratación con consumidores. QUICIOS MOLINA pone como ejemplo el caso en que en un contrato de *leasing* o en una compraventa de bienes muebles a plazos el arrendatario o comprador tiene que devolver la cosa; si tuviese el derecho de retención en virtud de los gastos realizados de buena fe en la cosa, se considera abusiva la cláusula que imponga la renuncia anticipada a tal facultad de retención (73).
- c) Y, por último, son abusivas las cláusulas que priven o restrinjan al consumidor de la facultad de consignación contemplada en los artículos 1.176 a 1.181 del Código Civil, cláusula que tampoco estaba prevista en la Directiva.

12. *Cláusulas abusivas por limitar o excluir, de forma inadecuada, la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional*

En el número 12 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que limitan o excluyen, de forma inadecuada, la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional. Ahora bien, la mención de tal cláusula —que no recoge la Direc-

(73) QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1035.

tiva—, es innecesaria, ya que se encuentra incluida implícitamente en el número 9 —«exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional».

El artículo 1.124 del Código Civil concede, en las obligaciones recíprocas, la facultad de resolver la obligación en caso de incumplimiento de una de las partes. Discutido en el ámbito de la contratación civil el grado de autonomía de la voluntad de las partes sobre tal facultad de resolución de origen legal, en la esfera de la contratación con consumidores se establece el carácter abusivo de la cláusula predispuesta que, «de forma inadecuada», limite o excluya la facultad del consumidor de resolver el contrato en caso de incumplimiento por parte del profesional. Por «exclusión» debe entenderse la privación al consumidor de la facultad de resolución (74), mientras que la «limitación» supone la restricción de tal facultad, que podría consistir en establecer, por ejemplo, que únicamente el incumplimiento total, pero no el incumplimiento parcial ni el cumplimiento defectuoso, puedan dar lugar a la resolución. En cuanto a la expresión «de forma inadecuada», que ya hemos visto aparecer en la cláusula del número 9 de la Disposición Adicional Primera LGDCU, permite dar entrada, como en el comentario a tal cláusula ya se expuso, a la cláusula de equilibrio, en el sentido que, en última instancia, serán las circunstancias del artículo 10.bis.I las que determinarán si la cláusula tiene o no carácter abusivo.

13. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor la renuncia a la entrega del documento acreditativo de la operación*

En el número 13 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se establece la abusividad de las cláusulas que impongan al consumidor «*renuncias a la entrega de documento acreditativo de la operación*», entendiendo por tal, además de la copia del contrato celebrado, el recibo de haberse producido la entrega o el pago. Se trata de una cláusula que no consta en el Anexo de la Directiva —y que tampoco aparecía en la lista de cláusulas abusivas del antiguo art. 10.1.c) LGDCU—, y que sorprende porque el artículo 10.1.b) de la propia LGDCU —modificado también precisamente por la Ley 7/1998— establece que uno de los requisitos que deberán cumplir las cláusulas no negociadas individualmente aplicadas a la oferta o promoción de productos o servicios es la «*entrega, salvo una renuncia expresa, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación*». Por tanto, mientras el artículo 10.1.b) LGDCU admite la renuncia a la entrega del documento acre-

(74) QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1043.

ditativo de la operación, el número 13 de la Disposición Adicional Primera considera abusiva, y por tanto nula, la cláusula que imponga al consumidor la renuncia a tal documento acreditativo de la operación.

¿Existe alguna manera de conciliar ambos preceptos? QUICIOS MOLINA propone interpretar la norma entendiendo que dicha entrega es un requisito que debe cumplir el profesional que contrata con cláusulas no negociadas individualmente, requisito que no puede ser excluido en ninguna de dichas cláusulas, pero sí en otra distinta que haya sido objeto de negociación individual (75).

14. *Cláusulas abusivas por imponer renunciaciones o limitaciones a los derechos del consumidor*

En el número 14 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que impongan renunciaciones o limitaciones a los derechos del consumidor. Se trata de una cláusula que tampoco aparece relacionada en el Anexo 1 de la Directiva, y que tiene un carácter general, en el sentido que encuentra diversas manifestaciones en las cláusulas precedentes (en la cláusula del núm. 13, sin ir más lejos). La doctrina considera que tales derechos son los que se conceden por Ley —no sólo imperativa (en este caso ya son irrenunciables de por sí) sino también dispositiva— a los consumidores, precisamente por su condición de consumidores (76).

C) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR FALTA DE RECIPROCIDAD

El apartado tercero de la Disposición Adicional Primera LGDCU —que incluye los núms. 15 a 17— reproduce los apartados o), d) y f), respectivamente, del Anexo de la Directiva 93/13/CEE. Se enumeran una serie de cláusulas que constituyen una dispensa de la obligación de cumplir el contrato para el predisponente, que suele ser la parte contractual fuerte, sin que exista reciprocidad para el consumidor, reciprocidad entendida en el sentido que recogen los artículos 1.120 y 1.195 del Código Civil —es decir, como conexión entre las distintas obligaciones o partes de una relación obligatoria—, y los artículos 1.458 y 1.578 del Código Civil —como facultad, derecho o prohibición que corresponde a ambas partes por igual— (77).

(75) QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1053.

(76) QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1059 y sigs.

(77) BALLESTEROS DE LOS RÍOS, en *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 1067.

15. *Cláusulas abusivas por suponer la imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos*

En el número 15 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se establece el carácter abusivo de aquellas cláusulas que impongan «*obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos*». Estamos ante una cláusula relacionada con la primera parte de la cláusula del número 3, ya que en ésta también se priva al consumidor de la facultad de resolver el contrato ante el incumplimiento del predisponente, y con la cláusula del número 12, en el que se considera abusiva «*la limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional*» (78). Ahora bien, mientras la cláusula 15.^a se corresponde con el apartado o) de la Directiva, según hemos indicado, las cláusulas 3.^a y 12.^a se han introducido *ex novo* por el Legislador español (79).

Se trata de una cláusula abusiva porque su objeto es derogar unilateralmente las obligaciones que, de acuerdo con el régimen general del Código civil español, debe asumir el profesional frente a los consumidores. En este sentido, la cláusula 15.^a va contra varios preceptos o reglas generales del derecho civil:

1. Se opone al artículo 1.124 del Código Civil, que en caso de incumplimiento por una de las partes de un contrato bilateral concede a la otra el derecho a optar entre la resolución del contrato o reclamar el cumplimiento de la obligación del otro contratante.

2. Al faltar en una de las partes la voluntad de vincularse, va también contra los artículos 1.115 y 1.256 del Código Civil, que declaran nulos los pactos que dejen el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes.

3. La cláusula 15.^a implica un desequilibrio en cuanto al régimen de responsabilidad del profesional (80), al ser sólo éste quién puede resolver el contrato por incumplimiento del consumidor y no al contrario.

(78) REGLERO CAMPOS, «Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología», en *Actualidad Civil*, núm. 3, mayo de 1999, pág. 27, considera que la cláusula 15.^a es una manifestación del principio contenido en la cláusula 12.^a

(79) ALFARO ÁGUILA-REAL, «El proyecto de ley sobre condiciones generales de contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, 1997, pág. 864, señala que muchas de las cláusulas del artículo 10.bis son repetitivas.

(80) En este sentido y en relación con el Anexo de la Directiva, se pronuncian PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas*, Ed. Marcial Pons, Madrid,

4. Y, por último, la cláusula 15.^a sería abusiva porque priva al consumidor de la facultad de oponer la excepción de incumplimiento contractual —*exceptio non adimpleti contractus*—, otra de las figuras que existen en derecho positivo para la protección del contratante perjudicado, basada en el principio de interdependencia o reciprocidad de las obligaciones derivadas de la relación sinalagmática (81).

16. *Cláusulas abusivas por implicar la retención de cantidades abonadas por el consumidor en caso de renuncia*

En el número 16 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se dispone el carácter abusivo de aquellas cláusulas que establezcan que, en caso de renuncia del consumidor, el profesional se quedará con las cantidades abonadas por aquél, sin que se prevea una indemnización equivalente en caso que sea el profesional quien renuncie. En esta cláusula se transpone, con una redacción más completa, el apartado 1 de la letra d) del anexo de la Directiva (82), y su fundamento se encuentra en el enriquecimiento injustificado que supone para el predisponente, al permitir que éste se quede con las cantidades abonadas por el consumidor sin imponerle una obligación restitutoria. La falta de reciprocidad de tal cláusula es evidente, dado que el agravamiento del régimen de responsabilidad del consumidor no se ve compensado con otro régimen igualmente severo para el profesional.

La terminología utilizada por el Legislador español —que habla de «retención» por el profesional de las cantidades abonadas por el consumidor en caso de «renuncia» de éste— no parece que sea la más adecuada, ya que ni el término «retención» alude al llamado derecho de retención, ni es correcto en buena técnica jurídica hablar de «renuncia» para aludir a la voluntad de dejar sin efecto el contrato (83).

Posiblemente, la cláusula 16.^a esté pensando en las arras penitenciales, a las que el Código Civil se refiere, en sede de compraventa, en el artícu-

1998, pág. 98, y Vincenzo ROPPO, «La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati fra imprese e consumatori», *Revista di Diritto Civile*, 1994, págs. 287-290.

(81) En nuestro Código Civil esta excepción no se consagra con carácter general, pero se puede deducir del párrafo final del artículo 1.100.

(82) Si se comparan las redacciones española, francesa, inglesa e italiana de la Directiva, se pone de manifiesto la discrepancia terminológica respecto a uno de los presupuestos de aplicación de la cláusula. Mientras en el texto francés e inglés de la Directiva se alude a la renuncia a la ejecución del contrato, en la versión italiana se habla indistintamente de renuncia y desistimiento. Las traducciones oficiales de la Directiva 93/13/CEE pueden consultarse en: <http://europa.eu.int/citizensrights>.

(83) PARA MARTÍN, en ARROYO MARTÍNEZ y MIGUEL RODRÍGUEZ (Coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, págs. 392 y sigs.

lo 1.454, si bien consideramos que su aplicación también puede extenderse a la denominada cláusula facultativa o de arrepentimiento, en virtud de la cual el deudor tiene la facultad de liberarse de la obligación abonando la pena, de manera que sería abusiva la cláusula que estableciera la facultad de liberarse el consumidor pagando una cantidad determinada sin contemplar una indemnización equivalente para la liberación del profesional (84).

Como sabemos, la sanción prevista para las cláusulas abusivas es su nulidad (art. 10.bis.2 LGDCU). Sin embargo, dado que tal nulidad se produce por la falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, de la puesta en relación del artículo 1.454 del Código Civil —que establece el régimen dispositivo de las arras penitenciales— con el artículo 10.bis.2.º LCGC —sobre la integración de la parte del contrato afectada—, y teniendo en cuenta las facultades del Juez al respecto, se podría entender que el consumidor tiene la facultad de reclamar por duplicado la cantidad entregada al predisponente en caso de incumplimiento de éste (85).

17. *Cláusulas abusivas por conceder al profesional la facultad de rescisión unilateral del contrato*

En el número 17 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se dispone la abusividad de aquellas cláusulas que concedan una «autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato». La cláusula transpone, con una mayor claridad en la redacción, el apartado f) del Anexo 1 de la Directiva, y consta de dos apartados diferentes. En el primero recoge una cláusula que origina desequilibrio en cuanto a la disponibilidad del vínculo, ya que deja al arbitrio del profesional la subsistencia de la relación contractual, quedando sin embargo el consumidor obligado sin posibilidad alguna de rescindirlo. El segundo inciso se refiere a una cláusula que implica desequilibrio en cuanto al régimen de responsabilidad del profesional, puesto que obstaculiza las posibilidades de reacción del consumidor, eliminando las garantías legales de las que éste puede disponer frente a un incumplimiento contractual (86):

(84) Lo normal es que junto con el abono de la cantidad estipulada como pena, se deje sin efecto la relación contractual y, en tal caso, la única diferencia relevante con las arras penitenciales se referiría a la falta de entrega previa de la cantidad.

(85) CAFFARENA LAPORTA, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., págs. 1189-1190.

(86) PAGADOR LÓPEZ, *ob.cit.*, págs. 89-90.

- a) En cuanto al primer apartado, debe ponerse de manifiesto que no es correcto hablar de «rescindir el contrato discrecionalmente», sino que la expresión más correcta sería la de «desistimiento *ad nutum*» o «sin justa causa», dado que el concepto de rescisión, en buena técnica jurídica, debe aludir exclusivamente a los supuestos enumerados en los artículos 1.290 y siguientes. La rescisión es siempre de ejercicio judicial, requiere la existencia de un perjuicio y provoca la ineficacia del contrato con efectos retroactivos, mientras que el desistimiento es extrajudicial, de libre ejercicio al no requerir la existencia de causa alguna y provoca la extinción del contrato con efectos únicamente para el futuro. En conclusión, la cláusula 17.^a hace referencia a un desistimiento sin justa causa.

La concesión a una de las partes de la facultad de desistimiento no es en sí misma una cláusula abusiva y por consiguiente nula, sino que lo que la convierte en abusiva es que sólo sea otorgada a una de las partes, el predisponente, lo que generaría una situación de desequilibrio contractual. Ahora bien, debemos tener en cuenta que en nuestra Legislación, de acuerdo con las Directivas comunitarias, sí se admiten, en algunas ocasiones, las cláusulas que concedan unilateralmente al consumidor la facultad de desligarse del contrato, con el fin de conferirle una mayor protección (87), fundamentándose en la situación de desequilibrio en la que se encuentra inicialmente el consumidor como parte contratante. En cambio, la Ley no admite de ningún modo que sea el empresario quien se reserve dicha facultad, y la cláusula que lo estableciera sería, en consecuencia, nula sin paliativo alguno.

En cualquier caso, como decíamos, no será abusiva aquella cláusula que otorgue esta facultad a ambas partes, si no se altera el equilibrio contractual, alteración o desequilibrio que sí se producirá en dos supuestos:

1. Si la atribución de dicha facultad a favor del consumidor es puramente formal y se utiliza con el único fin de eludir la nulidad de la cláusula por abusiva (88).

(87) Esta medida específica de protección es muy usual en la legislación especial, como por ejemplo en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles; Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados; Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta de Bienes Muebles a Plazos, y Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles de uso Turístico.

(88) Este caso es el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1986 (*RJ* 1986/2823), comentada por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, 1986, págs. 3657-3663.

2. Si dicha facultad de desistimiento ya es concedida al consumidor por la Ley.

- b) Respecto al carácter abusivo de la cláusula que permite al profesional quedarse con las cantidades abonadas por el consumidor cuando sea el propio profesional quien rescinda el contrato, ello es tan obvio que no merece prácticamente ningún comentario. El precepto se refiere a los contratos en los que media un lapso de tiempo entre la celebración del negocio y la ejecución del mismo (89), y mientras el consumidor ya ha satisfecho su prestación —total o parcialmente—, el profesional no ha cumplido la suya. Está claro que se produciría un enriquecimiento injusto en el caso que el profesional rescindiese el contrato y se quedase con las cantidades abonadas por el consumidor en concepto de pagos anticipados por prestaciones aún no efectuadas.

D. CLÁUSULAS ABUSIVAS «SOBRE GARANTÍAS»

Bajo el título de cláusulas abusivas «sobre garantías», se recogen en los números 18 y 19 de la Disposición Adicional Primera LGDCU dos cláusulas abusivas de las cuales sólo una se refiere en realidad a las garantías para el cumplimiento de la obligación.

18. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor una garantía desproporcionada al riesgo asumido*

En el número 18 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se establece el carácter abusivo de aquellas cláusulas que supongan «*la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido*». Se trata de una cláusula que no aparecía recogida, ni siquiera con una redacción aproximada, dentro del Anexo 1 de la Directiva, sino que ha sido introducida *ex novo* por el Legislador español para reforzar la protección al consumidor.

El precepto habla de garantías «desproporcionadas» al riesgo asumido; nuevamente nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que requerirá la actividad interpretativa del Juez.

La desproporción habrá que calificarla en función del grado de riesgo asumido por el profesional. No se puede determinar, con antelación, el punto

(89) Es decir, en los contratos de ejecución diferida, pero no tiene sentido la restitución en los contratos de tracto sucesivo, en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas por ambos contratantes, porque no va a haber enriquecimiento injusto.

exacto a partir del cual la exigencia de una garantía pasa a convertirse en desproporcionada. No obstante, hay ciertas variables que nos pueden servir de ayuda en ese juicio valorativo, tales como el precio al que el profesional otorga el crédito al consumidor o la tasación del bien que constituye el objeto de garantía. De este modo, podría decirse que cuanto menor sea el riesgo asumido por el profesional merced a estas variables, mayores probabilidades habrá de que la garantía impuesta merezca la consideración de desproporcionada (90).

Por otra parte, en el inciso segundo de la cláusula 18 se establece la presunción de que «*no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica*». El precepto plantea varios problemas:

1. El alcance de la expresión «entidades financieras»; entendemos que se refiere, con carácter general, a todas las entidades susceptibles de realizar operaciones consistentes en la celebración de un contrato de financiación o de garantía, con independencia de que se trate de establecimientos financieros de crédito o de entidades de crédito (91).

2. Cuál es dicha «normativa específica». Podemos afirmar que ésta tiene su punto de referencia en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, que por lo que a las relaciones entre las entidades de crédito y la clientela se refiere contiene algunas disposiciones importantes, muchas de las cuales, posteriormente, han sido desarrolladas por una importante y extensa normativa, que se enmarca en la labor de supervisión administrativa, dentro por tanto de las relaciones que dichas Entidades tienen con el Banco de España y el Ministerio de Economía y Hacienda. Por lo tanto, no creemos ortodoxo que esa normativa pueda ser contemplada por un régimen jurídico privado, como es el de la LGDCU, y mucho menos que pueda llegar a generar consecuencias dentro de una relación *inter partes* (92).

3. La valoración de si la garantía en cuestión ha sido impuesta por una Entidad Financiera dentro del marco de actuación delimitado por su normativa específica.

(90) Algunos supuestos que plantean ciertas dudas sobre su posible desproporción y, en consecuencia, su posibilidad de ser tildadas como abusivas, son la imposición de garantías reales y personales de forma cumulativa, la obligada suscripción de un seguro, las cláusulas de cuenta única o la firma de un pagaré en blanco.

(91) El concepto más cercano al de Entidades Financieras es el de Entidades de Financiación, dentro del género global de Entidades de Crédito, de acuerdo con la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

(92) AURIOLÉS MARTÍN, «La protección de los usuarios de servicios bancarios y la normativa sobre transparencia de las operaciones», *La Ley*, 1991-III, págs. 896-897.

Por tanto, son muchos, quizá demasiados, los elementos valorativos para ser una cláusula que se halla inserta en una «lista negra» de cláusulas abusivas (93). Y, por otra parte, examinando el contenido de dicha normativa específica, es difícil llegar a la conclusión de que el consumidor vaya a quedar resguardado de la imposición de garantías desproporcionadas por el simple hecho de que la entidad haya actuado conforme a tal normativa, ni tan siquiera presuntivamente. Por ello, consideramos que tiene escaso sentido introducir la presunción de que, cuando una Entidad Financiera actúa ajustándose a su específica normativa sectorial, la imposición de garantías al consumidor no será desproporcionada. Llegado el caso, ello obligaría a los consumidores a desplegar una más que ardua actividad probatoria, lo que obviamente favorece a las Entidades Financieras, y no casa con lo que dispone la cláusula 19.^a ni, en general, con la finalidad de esta Ley, que no es otra que la protección del consumidor.

19. *Cláusulas abusivas por imponer la carga de la prueba al consumidor*

En el número 19 de la Disposición Adicional Primera se establece el carácter abusivo de aquellas cláusulas que impongan al consumidor la carga de la prueba en aquellos casos que debería corresponder a la otra parte contratante. El precepto supone la transposición del Anexo 1.q.fin de la Directiva, y tiene como antecedente, en la legislación española, el antiguo artículo 10.1.º, c) 8.º LGDCU.

Es curiosa la ubicación de esta cláusula bajo el epígrafe D: «*Sobre Garantías*», cuando no se descubre ningún punto de unión con el resto de las cláusulas del epígrafe ni con el tema bajo el que se agrupan. Posiblemente hubiera sido más razonable incluir todas aquellas cláusulas referentes a cuestiones procesales en general en un mismo epígrafe, como ocurre en la Directiva (94).

A diferencia de lo que sucede con otras cláusulas de la Disposición Adicional Primera LGDCU, cuyo carácter abusivo puede suscitar dudas, toda la doctrina se muestra de acuerdo sobre el carácter abusivo de una cláusula que invierta la carga de la prueba en contra del consumidor (95). No obstante, llama la atención que el legislador español no haya incorporado el inciso del apartado q) del Anexo 1 de la Directiva, que hace referencia a «...*limitar*

(93) SÁNCHEZ ARISTI, *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 1111.

(94) Apartado q) del Anexo 1 de la Directiva 93/13, relativo a la supresión u obstaculización del ejercicio por parte del consumidor de acciones y recursos judiciales.

(95) PAGADOR LÓPEZ, *ob. cit.*, págs. 90-91.

indebidamente los medios de prueba a favor del consumidor...», cuando esta limitación puede determinar un abuso tanto o más peligroso que el invertir en contra del consumidor la carga de la prueba. Esta falta de trasposición no se ajusta a la legalidad, ya que la Directiva 93/13 es de mínimos, esto es, susceptible de ampliación pero no de reducción por el legislador nacional (96). Pese a ello, no deja de ser cierto que algunas de las cláusulas enumeradas en la Disposición Adicional Primera LGDCU están conectadas con la idea de limitar al consumidor los medios de prueba, o al menos con la de facilitar al profesional los suyos, como la cláusula 8.^a o la 20.^a (97).

La distribución de la carga de la prueba se recoge, en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (98). En principio, las reglas sobre la carga de la prueba deben considerarse normas procesales y, en consecuencia, normas de *ius cogens*, esto es, no susceptibles de disposición por las partes, al estar dirigidas al Tribunal como reglas de juicio con las que resolver aquellos casos en los que la actividad probatoria desplegada por las partes arroje resultados inciertos (99). Así las cosas, cuando se habla de inversión convencional de la carga de la prueba, en la cláusula 19.^a, lo que realmente ocurre es que las partes varían el supuesto de hecho de la norma —art. 217 LEC—, lo que, naturalmente, sólo será posible en el caso de normas de Derecho positivo, alterando la igualdad procesal entre las partes y produciendo un desequilibrio en la protección del consumidor.

Finalmente, debemos precisar que, al amparo del carácter abusivo de estas cláusulas, no sólo podrán impugnarse aquéllas que impongan directamente la carga de la prueba al consumidor, sino que también serán nulas por abusivas las que exoneren al empresario de la prueba de los hechos que ordinariamente le correspondería probar, aun sin imponer al consumidor la contraprueba de los mismos (100).

E) OTRAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

En los números 20 a 29 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se contiene una relación de «otras» cláusulas que se consideran abusivas.

(96) PAGADOR LÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 83.

(97) SÁNCHEZ ARISTI, *ob. cit.*, pág. 1127.

(98) Dicho artículo recoge, con mayor precisión, lo que sobre reparto de la carga de la prueba establecía el hoy derogado artículo 1.214 del Código Civil.

(99) CORTES DOMÍNGUEZ, *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 319.

(100) MINGO BASAÍL y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 1224.

20. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor una declaración de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, o por suponer la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*

En el número 20 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se establece el carácter abusivo de aquellas cláusulas predispuestas en las que se impongan al consumidor «*declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no haya tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*» (101). Únicamente la segunda de tales cláusulas encuentra su precedente en la Directiva, concretamente en el apartado i) del Anexo 1, que proscribe aquellas cláusulas que tuvieran por objeto «*hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*»:

- a) El carácter abusivo de la primera cláusula es evidente, al imponer al consumidor la confesión sobre unos hechos que, en realidad, no se han producido. El precepto, redactado de una manera muy genérica, debe interpretarse, para conferir una mayor protección al consumidor, en sentido amplio, de manera que cabe entender que incluye cualquier declaración que realice el consumidor en la que reconozca haber tenido lugar un hecho ventajoso para el profesional que, en realidad, era meramente ficticio.
- b) Con la norma del segundo inciso se persigue que el consumidor haya tenido ocasión de conocer todo el clausulado del contrato. Obsérvese que no se exige el conocimiento efectivo, sino que, antes de la celebración del contrato, se haya tenido la posibilidad de conocerlo. En este caso no se precisa ninguna declaración falsa por el consumidor, sino que «no se haya tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato». En la mayoría de los casos estaremos ante cláusulas que no están ubicadas en el cuerpo del contrato celebrado por el consumidor. Ahora bien, una cláusula del tipo

(101) La doctrina enmarca tales cláusulas dentro de las denominadas «reglas de control de contenido» —en contraposición a las «reglas de control de inclusión»—, esto es, son reglas que no tratan de garantizar si el clausulado predispuesto fue conocido y comprendido por el adherente, sino de enjuiciar o calificar su contenido una vez que se ha incorporado a un contrato particular, aunque la lectura del inciso parezca situarnos en el ámbito del control de inclusión, por la referencia a la «*aceptación de cláusulas que no se ha tenido oportunidad de conocer*».

«...el abajo firmante conoce y acepta el contenido de las condiciones generales que figuran al dorso...», aunque en principio parece que no sea abusiva, sí lo será si, a pesar de encontrarse en el contrato, el adherente no ha tenido posibilidad efectiva de conocer tales condiciones antes de firmar el contrato.

21. *Cláusulas abusivas por trasladar al consumidor las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables*

En el número 21 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se establece la abusividad de las cláusulas que transmitan al consumidor «*las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables*». Se trata de una cláusula que no procede del catálogo recogido en el Anexo 1 de la Directiva, pero que no constituye una novedad en nuestro ordenamiento, ya que el anterior artículo 10.1.c).7.º LGDCU ya recogía una previsión de características similares. Guarda relación con la cláusula del número 10, conforme a la cual son abusivas aquellas cláusulas por las que el profesional pretenda excluir o limitar su responsabilidad contractual por los daños que por una acción u omisión cause al consumidor; y, por su parte, en el supuesto de la cláusula 21.^a lo que pretende el profesional también es excluir su responsabilidad, al repercutir las consecuencias económicas que de sus errores se deriven al consumidor. Podría decirse, por tanto, que el contenido de la cláusula 21.^a no es sino una concreción de la cláusula genérica de limitación o exclusión de responsabilidad por parte del profesional (102).

El «error administrativo o de gestión» a que se refiere la cláusula número 21 puede derivar de las actuaciones desplegadas por el profesional con la finalidad de cumplir los compromisos contractuales adquiridos con el consumidor, pero también puede surgir de la actuación desplegada por un tercero, como por ejemplo cuando una entidad bancaria lleve a cabo la gestión o administración del pago.

Para que la cláusula resulte abusiva, el error no debe ser imputable al consumidor. Pero, ¿significa ello que deba ser imputable al profesional, o, dicho de otra manera, es también abusiva la cláusula que traslade al consumidor las consecuencias de errores que no sean imputables al profesional ni a sus dependientes, por haber actuado éstos con la debida diligencia? En

(102) SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de la responsabilidad*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 109, respecto de la relación en la que quedaban colocadas ambas cláusulas cuando formaban parte del antiguo catálogo de la LGDCU.

nuestra opinión, si no existe culpa del consumidor, es abusiva toda cláusula que le impute las consecuencias económicas derivadas de errores administrativos o de gestión, exista o no culpa del profesional. Más dudoso es, a nuestro entender, el caso en que exista negligencia del consumidor, y también del profesional. En este supuesto debe partirse de la base que a profesional y consumidor no se les puede exigir el mismo grado de diligencia; mientras al consumidor tan sólo se le puede exigir una diligencia estándar, el profesional esta obligado a desplegar una diligencia superior, de acuerdo con lo que exige la naturaleza de su obligación y sus propias circunstancias personales (art. 1.104 del Código Civil). Pero, si efectivamente se produce tal concurrencia de culpas, entendemos que éstas se compensan.

22. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa correspondan al profesional*

En el número 22 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que impongan al consumidor el pago de una serie de gastos de documentación y tramitación que, por ley imperativa, corresponden al profesional, citándose concretamente, en la primera venta de vivienda, los gastos originados por la declaración de obra nueva, constitución del régimen de propiedad horizontal, o hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación. Se trata de una cláusula que no estaba en el Anexo 1 de la Directiva, y que tiene su precedente en el originario artículo 10.1.c.11) de la LGDCU 1984, y en el artículo 10.2.d) del Real Decreto 515/1989 sobre Protección de Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Su fundamento se encuentra, más que en evitar un aumento en el precio en la compraventa, en conseguir que el adquirente tenga un conocimiento completo de la operación; se pretende que haya transparencia en cuanto al precio de la vivienda, y que el consumidor no quede desagradablemente sorprendido cuando el precio inicialmente estipulado se vea aumentado por la imposición de unos gastos que, por Ley, corresponde satisfacer al vendedor.

El precepto sorprende porque, apartándose de un precedente —el art. 10.2.d) del Real Decreto 515/1989—, restringe el ámbito de aplicación de la cláusula a los gastos que corresponde satisfacer al vendedor «por ley imperativa», cuando en virtud del artículo 6.3 del Código Civil ya son nulos los pactos que sean contrarios a una ley imperativa. Por el contrario, conforme a la redacción del número 22, no serían abusivas las cláusulas que impongan al consumidor gastos que por Ley dispositiva correspondan al vendedor, como los gastos de otorgamiento de escritura (art. 1.455 del Código Civil), o el

impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (art. 107 de la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales). Ante ello, aunque algún autor como CABANILLAS SÁNCHEZ haya propuesto que, si el contrato no es negociado, las normas de carácter dispositivo que imponen el pago de un determinado gasto al vendedor tienen carácter imperativo (103), entendemos que no es posible forzar tanto la letra de la Ley, y que resulta lícita la imposición de tales gastos al consumidor siempre que se respete el deber de transparencia, máxime si tenemos en cuenta que, por otra parte, tal cláusula de imputación de gastos podría ser atacable conforme a la norma general de equilibrio del artículo 10.bis.1.

23. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados*

En el número 23 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que imponen al consumidor la adquisición de un bien o la prestación de un servicio no solicitado. Se trata de una cláusula que tampoco está contemplada en el Anexo 1 de la Directiva, y cuyo precedente se encuentra en el núm. 12 de la lista del anterior artículo 10.1.c) de la LGDCU de 1984. El precepto sorprende porque, a diferencia de la cláusula contemplada en el número 24, no alude expresamente a que la imposición del bien o servicio complementario o accesorio suponga para el consumidor un aumento de precio, con lo que parece dar a entender que podrá existir abusividad aunque tal bien o servicio sea gratuito, lo que no parece tener mucho sentido. Esta contradicción podría intentar salvarse considerando que tal gratuidad sería sólo aparente, dado que al fijar el precio ya se habría tenido en cuenta la prestación adicional y aumentado el precio. Ahora bien, en este caso, si el precio es excesivo, el funcionamiento del mercado ya debería corregir tal situación, por lo que el carácter abusivo y la consiguiente nulidad de tal cláusula sólo debería tener lugar en situaciones en que no existiese libre competencia.

En nuestra opinión, una correcta interpretación del precepto debe llevarnos a las siguientes conclusiones:

1.^a Si, a pesar de la prestación adicional, realmente no ha existido incremento de precio —lo que se podría demostrar, por ejemplo, si el producto o servicio, sin la prestación accesorio, se vendía anteriormente por el mismo precio—, la cláusula en cuestión no tiene necesariamente por que ser abusiva.

(103) *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 1282.

2.^a Si el precio ha aumentado, la cláusula solamente debería ser abusiva si no existe libre competencia en el mercado y la cláusula supone un abuso en la posición monopolística del profesional, o si la cláusula no ha sido redactada con la debida claridad. En definitiva, unos requisitos análogos a los que deben exigirse respecto a la cláusula contemplada en el número 24, como a continuación se verá.

24. *Cláusulas abusivas por suponer un incremento de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación*

En el número 24 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que suponen un incremento de precio por imponer al consumidor, sin posibilidad de rechazo, alguna «prestación adicional». Tampoco es una cláusula contemplada en el Anexo 1 de la Directiva, y su precedente se encuentra en el número 5 de la lista del anterior artículo 10.1.c) de la LGDCU de 1984. Se trata de una cláusula que engloba supuestos muy heterogéneos. Y si bien la existencia de una «prestación adicional» no ofrece dudas cuando se ofrecen «servicios accesorios» (por ejemplo, cuando la venta del bien vaya unida a la necesaria realización del servicio de mantenimiento con el vendedor), en los otros casos enumerados en el precepto ya no está tan claro que exista tal prestación «adicional». Efectivamente, cuando el número 24 habla de «financiaciones, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones», no está aludiendo propiamente a «prestaciones adicionales», como sí serían los «servicios accesorios», sino a los supuestos en que se impone la obligatoria financiación de la operación por parte del vendedor, al aplazamiento del pago con coste adicional para el consumidor, al aumento del precio a consecuencia de una prestación adicional, o al incumplimiento por parte del consumidor.

Conforme al número 24, tales «financiaciones», «aplazamientos», «recargos», «indemnizaciones» o «penalizaciones» solamente serán lícitas si se cumplen los siguientes requisitos:

1.º Que correspondan a prestaciones adicionales, debiéndose entender tal expresión en el sentido más amplio posible para dar cabida a los casos de incumplimiento por parte del consumidor.

2.º Que tal prestación adicional sea susceptible de ser aceptada o rechazada con independencia de la prestación principal.

3.º Que la cláusula esté redactada con la debida claridad y precisión.

La norma del número 24 ha sido criticada, por varias razones. Primeramente, por ir contra la libertad comercial y de empresa, en el sentido que éstas no tendrán una plena libertad para configurar sus ofertas comerciales de la forma que estimen más adecuada. Y, en segundo lugar, por la dificultad de determinar cuándo una prestación es accesoria a otra de principal, especialmente en aquellos contratos, como por ejemplo el de viajes combinados, que se caracterizan por contemplar una pluralidad de prestaciones.

Como decíamos anteriormente, el carácter abusivo de la cláusula debería venir determinado por dos factores: la transparencia y la situación de libre competencia en el mercado. Existirá abusividad si las cláusulas suponen un aumento del precio a consecuencia de la inclusión en el contrato de una prestación adicional inesperada (por ejemplo, se dice que el viaje vale mil, pero se incluye en el clausulado la realización de ciertas excursiones obligatorias que hacen aumentar el precio en un 30 por 100). Pero si no estamos ante una situación monopolística, y la oferta se presenta de una manera transparente, incluyendo varios elementos que pueden ser aceptados o rechazados como un todo, ello no tiene por qué ser abusivo. La protección al consumidor se consigue simplemente permitiéndole rechazar una prestación adicional no solicitada que suponga un aumento en el precio no advertido en el momento de la celebración del contrato.

25. *Cláusulas abusivas por la negativa del profesional al cumplimiento de las obligaciones propias del productor o suministrador*

El número 25 de la Disposición Adicional Primera LGDCU considera abusivas las cláusulas que establezcan «*la negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación*». Se trata de una cláusula no prevista en el Anexo 1 de la Directiva, pero que no es una novedad en nuestro ordenamiento, ya que la redacción anterior de la LGDCU recogía en el inciso 9.º del apartado c) del artículo 10.1.ª, el contenido que hoy queda reproducido en la cláusula que ahora comentamos (104).

El carácter abusivo de una cláusula de este tipo se fundamenta en que reenvía automáticamente al consumidor a procedimientos de reclamación, si quiere

(104) Debe señalarse, no obstante, que la no inclusión de esta cláusula en el Anexo de la Directiva puede ser debido a que no se trata de una cláusula abusiva en sí misma, sino que recoge un supuesto de incumplimiento contractual por parte del profesional que deberá ser denunciado y, en su caso, sancionado por los tribunales de justicia con arreglo a las leyes y procedimientos comunes. Ésta fue la justificación que dio el Grupo parlamentario catalán cuando abogó por su supresión en la tramitación parlamentaria de la LCGC.

ver satisfecho su interés como acreedor. Al consumidor se le exige reclamar previamente el reconocimiento de su derecho derivado del contrato, si pretende que el profesional cumpla las obligaciones y prestaciones que le incumben como parte de la relación contractual, lo que le provoca un perjuicio desproporcionado o no equitativo, contrario a las exigencias de la buena fe. Es más, una estipulación de este tipo, por la que uno de los contratantes se niega de antemano a cumplir las obligaciones que le corresponden, compeliendo a la otra parte a reclamar, entraña una manifiesta incongruencia, por cuanto denota una voluntad opuesta al consentimiento generador del contrato (105).

La cláusula en cuestión no supone una exclusión directa, pero sí indirecta, de la responsabilidad del profesional, dado que la necesidad de reclamar previamente por la vía judicial o administrativa tiene una clara función disuasoria (106).

26. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor arbitrajes distintos del de consumo*

El número 26 de la Disposición Adicional Primera LGDCU considera abusivas las cláusulas que establezcan «*la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico*». Se transpone el Anexo 1.q) de la Directiva, que establece la abusividad del sometimiento a «*jurisdicciones arbitrales no cubiertas por Disposiciones jurídicas*», fórmula que era, al menos en España, ciertamente extraña, y que fue objeto de importantes críticas por parte de la doctrina (107). La transposición ha aclarado en gran medida el supuesto de hecho del Anexo 1.q), y ha mejorado, a nuestro entender, la protección establecida en la Directiva, al proscribir la cláusula de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, «*salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico*».

Cada vez es más frecuente que las grandes empresas, para evitar acciones judiciales, incluyan convenios arbitrales entre las condiciones generales que configuran el clausulado de los contratos de adhesión. No obstante, al no

(105) GÓMEZ CALERO, *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Ed. Dykinson, Madrid, 1994, págs. 89-99.

(106) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 209, afirma claramente la función disuasoria de la cláusula al señalar que la satisfacción de la obligación «*requiere salvar previamente tales obstáculos que el esfuerzo tiempo y dinero necesarios para ellos no merecen la pena*».

(107) Véase CASAS VALLES, *Comentarios Bercovitz*, cit., págs. 715-716.

estar cerrado y predeterminado, de forma absoluta, el tipo de arbitraje de consumo, en ocasiones éste se diseña a gusto de las empresas y sectores más potentes, lo que puede entrañar graves riesgos para el consumidor. Cláusulas de este tipo son las que prohíbe el número 26, conforme al cual únicamente se permite al profesional imponer el sometimiento a dos tipos de arbitrajes: el arbitraje de consumo, y los arbitrajes institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico (108).

27. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor la sumisión a un determinado juez o tribunal, o la renuncia a su derecho a elegir el fedatario público que deba autorizar el acto*

El número 27 de la Disposición Adicional Primera LGDCU considera abusivas las cláusulas que prevean *«pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o a aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato»*. Se contemplan, por tanto, dos tipos de cláusulas distintas, pero que tienen en común la imposición de renunciaciones al consumidor, en el primer caso a su propio fuero, y en el segundo a su derecho a la elección del fedatario público que deba formalizar el contrato:

- a) La cláusula de renuncia al foro propio tiene su precedente en el Anexo 1.q) de la Directiva, que establece la abusividad de las cláusulas que tengan por objeto *«suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor»* (109). El Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996/7954), ya se pronunció sobre la necesidad de trasponer este

(108) Respecto a estos últimos, existe una discordancia entre el artículo 10.4.º y la DA1.ª 26 de la LGDCU, pues el primero insiste en limitar el arbitraje en las CGC al de consumo, mientras que la segunda abre la vía a otro posible tipo de arbitrajes, si bien dentro de ciertos límites. Consecuentemente, para eliminar la citada discordancia debería haberse modificado, al menos, el segundo párrafo del artículo 10.4.º LGDCU. En esta línea se enmarca la nueva Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles en su artículo 2.2.

(109) PAGADOR LÓPEZ, *ob. cit.*, págs. 90-91, reconduce estas cláusulas al grupo de cláusulas de desequilibrio y, en concreto, al tipo de cláusulas que implican un desequilibrio en cuanto al régimen de responsabilidad del profesional, obstaculizando las posibilidades de reacción por parte del consumidor mediante la eliminación de garantías y remedios legales de los que el consumidor puede normalmente disponer frente a un incumplimiento contractual.

inciso q) de la Directiva, y afirmó la posibilidad de aplicarla directamente en tanto dicha transposición no se llevase a cabo por el Legislador español (110). Por tanto, si bien desde un punto de vista legislativo esta cláusula es una novedad, no lo es tanto desde la óptica jurisprudencial (111).

La cláusula 14.^a de la Disposición Adicional Primera LGDCU ya prevé el carácter abusivo de las cláusulas que impongan renunciaciones o limiten los derechos del consumidor; por tanto, la regla del número 27 no es sino una concreción de tal previsión general. Conforme a la misma, sólo serán válidas las cláusulas de sumisión al Juez o Tribunal que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar de cumplimiento de la obligación, o al del sitio donde se halle el bien inmueble, mientras que las cláusulas de sumisión a un Tribunal distinto serán abusivas. Este carácter abusivo deriva, por un lado, del hecho de que la renuncia del consumidor a su propio fuero resulta lesiva para sus intereses, puesto que le obliga a ejercer su derecho de defenderse judicialmente en condiciones tales que hacen de ese derecho una carga, produciéndose un efecto disuasorio. Por contra, el predisponente, a pesar de desarrollar su actividad en una diversidad de poblaciones, impone el pacto de sumisión a los tribunales del lugar que le es más conveniente, lo que supone para él un ahorro económico considerable y le garantiza un mejor control sobre todos los procesos en que sea parte. Además, por vía de la sumisión no sólo se pone en peligro el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que también se viola el principio de igualdad de partes en el proceso, al quedar el predisponente como parte procesal privilegiada (112). En conclusión, la abusividad de este tipo de pactos deriva de las innega-

(110) Respecto al efecto directo horizontal del artículo 3.3 de la Directiva 93/13 mientras todavía no había sido objeto de transposición a nuestro ordenamiento jurídico, véase el comentario de BLANCO PÉREZ-RUBIO, «La posible eficacia directa horizontal de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 20 de noviembre de 1996)», en *Estudios sobre consumo*, núm. 14, 1997, págs. 27-47.

(111) Además de la abundante jurisprudencia anterior a la transposición de la Directiva 93/13, cabe señalar respecto al momento posterior a la citada transposición, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6518), 12 de julio y 14 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/5580 y *RJ* 1996/6715), 27 de abril de 1998 (*RJ* 1999/2933), 19 de abril de 1999 (*RJ* 1999/2587), 17 de mayo de 1999 (*RJ* 1999/3475) y 14 de abril de 2000 (*RJ* 2000/3228).

(112) ROBLES ACERA, «Problemática que presenta la sumisión expresa en el orden jurisdiccional civil», *La Ley*, vol. III, 1991, pág. 992, señala que otra de las ventajas que logra el predisponente es evitarse, en un elevado porcentaje de ocasiones, que los consumidores se opongan a la demanda presentada, puesto que les resultará menos costoso plegarse al pago que si obtuvieran una resolución desestimatoria de la demanda.

bles ventajas que obtiene el predisponente, frente a los perjuicios que soporta el consumidor (113).

- b) La cláusula de renuncia o transacción a la elección de fedatario competente no tiene un precedente directo ni en el Anexo 1 de la Directiva, ni en la antigua LGDCU; sin embargo se ha venido defendiendo su abusividad y, en consecuencia, su ineficacia, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, aunque sólo existía refrendo legal para ello cuando venía predispuesta por una Entidad de crédito (114). Se trata de un pacto habitual en el ámbito de la contratación inmobiliaria y en la bancaria, especialmente en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, en virtud del cual se pretende excluir el derecho del adquirente a la elección de fedatario establecido en diversos cuerpos legales, como por ejemplo el artículo 142.3.º del Reglamento Notarial, que dispone que en los contratos traslativos la elección del notario autorizante de la escritura pública en la que se formaliza la transmisión realizada corresponde al adquirente (115), o en el artículo 5.4.c) del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y el arrendamiento de viviendas (116).

El carácter abusivo de la renuncia o transacción sobre este derecho se debe a la relevancia que la intervención del notario tiene, al ser una de sus obligaciones informar y asesorar a las partes, en el mismo acto del otorgamiento de la escritura pública, sobre el significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, puedan ser de difícil comprensión para el consumidor (art. 147 del Reglamento Notarial). Será el consumidor, como parte débil, el que más necesitado estará del asesoramiento e información que el notario le pueda proporcionar, por lo que imponerle, en una cláusula predis-

(113) Merece la pena hacer una breve referencia al primer criterio legal de atribución de competencia territorial, y es que no es extraño que uno de los fueros especiales establecidos sea el domicilio del consumidor; de esta manera se considera nula la renuncia al propio fuero y se evitan los perjuicios que provoca para el consumidor el tener que litigar fuera del mismo. A estos efectos se entiende por domicilio del consumidor el lugar de su residencia habitual, de acuerdo con el artículo 40 del Código Civil.

(114) De acuerdo con el artículo 10.1.c.4.º LGDCU.

(115) Dicho párrafo tercero dispone: «...en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por quien se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación, el derecho de elección del Notario corresponderá al adquirente, quien, sin embargo, no podrá imponer Notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con algunos elementos personales o reales del negocio».

(116) A este respecto se pueden consultar las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de junio de 1997 (AC 1997/1355), y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 15 de noviembre de 1995 (AC 1995/2166).

puesta, dicha renuncia o transacción, es una práctica que debe tildarse de abusiva.

28. *Cláusulas abusivas por someter el contrato a un derecho extranjero*

En el número 28 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se considera abusiva la cláusula que establezca la «*sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza*». Se trata de una cláusula que no se encuentra en el Anexo 1 de la Directiva, sino que la incorpora *ex novo* el Legislador español con la finalidad de elevar el nivel de protección del consumidor, y que debe complementarse y conciliarse con el artículo 10.bis.3 LGDCU que, transponiendo el artículo 6.2 de la Directiva, establece que «*Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales*». Estamos ante dos preceptos que deben ser interpretados conjuntamente, de manera que mientras el artículo 10.bis.3 LGDCU asegura la aplicación de la normativa comunitaria de protección de los consumidores, sea cual fuere la ley aplicable al contrato (117), la regla del número 28 no se refiere a la normativa de protección del consumidor —protección ya conferida por el art. 10.bis.3 LGDCU—, sino a la teoría general del contrato, y pretende evitar que pueda imponerse al contrato un régimen jurídico que resulte imprevisible o extraño para el consumidor. Sentada esta premisa, las críticas a tal precepto podrían venir por otras razones. En primer lugar, porque la elección de los puntos de conexión no parece la más adecuada, al no existir coordinación con respecto a los previstos en el Convenio de Roma. Y también porque, en ocasiones, su aplicación puede conducir a un resultado perjudicial para el consumidor. Piénsese, por ejemplo, en el caso que las partes pactan la aplicación al contrato del Derecho de un país que no es ninguno de los previstos en el número 28. La aplicación literal de este precepto implicaría considerar abusiva, y por tanto nula, tal cláusula, a pesar de que la aplicación de tal normativa pueda resultar más beneficiosa para el consumidor porque el nivel protección del Derecho de este tercer país es superior al *standard*. Tal consecuencia es inadmisibles, y debe intentar paliar-

(117) El Convenio de Roma parte del principio de autonomía conflictual (art. 3.1), pero garantiza al consumidor, como mínimo, el nivel de protección establecido por la Ley del lugar de su residencia habitual (art. 5.2).

se mediante una interpretación correctora del precepto, entendiendo que los dos puntos de conexión que contempla y que considera válidos (el lugar en el que el consumidor emita su declaración negocial, o donde el profesional desarrolle su actividad de promoción) se refieren únicamente a la Ley que regirá la teoría general aplicable a tal contrato, pero no al régimen especial de protección del consumidor.

29. *Cláusulas abusivas por imponer tipos de interés superiores a los legales en los descubiertos en cuenta corriente*

En el número 29 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se establece el carácter abusivo de la «*imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se establecen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo*». Se trata de una cláusula que no aparece relacionada en el Anexo 1 de la Directiva, y que se remite a la Ley de Crédito al Consumo, que en su artículo 19.4 establece que el tipo aplicable a los descubiertos no podrá dar lugar a una Tasa Anual Equivalente (TAE) que exceda 2,5 veces el interés legal del dinero (118). Por tanto, si se imponen condiciones de crédito que fijen intereses superiores a los establecidos en la citada norma, se entendería que ello comporta en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, al suponer un precio del dinero superior al del mercado.

La doctrina considera que la limitación establecida en la cláusula que comentamos se circunscribe exclusivamente a los descubiertos tácitos en cuentas corrientes de crédito, y no a los pactados, dado que sólo en aquella clase de operaciones el consumidor puede desconocer la TAE —al no incorporarse a la relación jurídica que une a cliente con Entidad sino a través de la fijación unilateral por parte de ésta en un tablón de anuncios— cuando realiza la operación (119). Ahora bien, si el consumidor conoce tal coste porque le ha sido comunicado el tipo aplicable, pero aún así decide celebrar la operación, la limitación no debería operar, salvo que se entienda que toda operación de crédito al consumo debe respetar ese límite, cosa que implicaría

(118) Antes de la entrada en vigor de la Ley de crédito al consumo, los altos tipos de interés aplicados a los descubiertos, así como las comisiones cobradas por las Entidades, excedían con mucho de lo que podía considerarse como un justo equilibrio de las prestaciones. Todo ello obligó a los poderes públicos a dar una respuesta a la demanda social existente, imponiendo unos límites a esas situaciones, lo que inspiró el artículo 19.4.º al que se remite la cláusula que comentamos.

(119) MUÑOZ CERVERA, «La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, septiembre de 1995, núm. 17, pág. 213.

establecer un sistema de interés tasado en este tipo de créditos, lo que parece exceder del propósito de la Ley de Crédito al Consumo.

Si se sobrepasa el límite legal, la cláusula contemplada en el número 29 será nula de pleno derecho. Ahora bien, no creemos que dicha nulidad deba traer consigo la imposibilidad de cobrar interés alguno al consumidor, sino que estimamos más adecuado que el Juez, al amparo de lo que establece el artículo 10.bis.2 LCGC, utilice sus facultades moderadoras y limite el tipo de interés al máximo legal (120).

F) REGLA ESPECIAL RELATIVA A VALORES Y OTROS PRODUCTOS FINANCIEROS

En su parte final, la Disposición Adicional Primera LGDCU establece que *«Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos y la resolución anticipada de los de duración indefinida, y al incremento del precio de los bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio este vinculado a una cotización, índice bursátil, o a un tipo del mercado financiero que el profesional no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas»*. Este precepto constituye la transposición al Derecho interno español de los límites previstos en el Anexo 2 de la Directiva respecto de las cláusulas g), j) y l) del Anexo 1, que establece una serie de excepciones cuando las cláusulas se refieran a ciertos productos financieros.

El ámbito de aplicación de esta norma se delimita por la clase de modificación de que se trata, y por el objeto sobre el que recae:

- a) Las cláusulas abusivas por suponer una modificación o resolución unilateral del contrato (núm. 2), o un incremento del precio (núm. 7), no tendrán aplicación en los contratos relativos a valores y otros productos financieros en los que el profesional no tenga la potestad de fijar el precio. La justificación es la falta de control por parte del profesional sobre la eventualidad y el grado de una modificación, con lo que se impide que éste pueda actuar a su antojo.

La excepción que introduce la LGDCU es comprensible respecto de las modificaciones de precio, pues la cotización del índice aplicable elimina la aleatoriedad que supondría su fijación unilateral por el profesional. Pero, conforme a la regulación de la LGDCU —y frente al silencio en este punto de la Directiva—, no sólo quedan excluidas

(120) Como ocurrió en las sentencias de las Audiencias Provinciales de Lleida, de 20 de mayo de 1999 (AC 1999/843), y de León, de 15 de abril de 1998 (AC 1998/748).

este tipo de cláusulas relativas al precio, sino que también entra dentro de su ámbito de aplicación cualquier modificación unilateral llevada a cabo por el profesional, de manera que existe el peligro de que la exclusión alcance a la modificación de cláusulas que nada tengan que ver con el precio del contrato. Hubiera sido deseable que la LGDCU vinculase expresamente la exclusión de cláusulas sobre modificación unilateral o resolución anticipada a la condición de que se tratase de una situación obligada como consecuencia, directa o indirectamente, de la variación sustancial del precio o cotización del objeto del contrato (121).

Debe señalarse que el hecho de que la Entidad aplique un precio distinto en un momento determinado, no constituye necesariamente una modificación unilateral del contrato, si en el mismo se estipularon las bases o la referencia a ese aumento, ya que el artículo 1.448 del Código Civil lo permite.

- b) Y los contratos a los que la norma es aplicable se delimitan también en función de su objeto, es decir, en función del tipo de productos o servicios que se contratan, que tienen como característica común que el precio viene fijado por indicadores o medios externos. Se citan concretamente los contratos relativos a «valores, con independencia de su forma de presentación, instrumentos financieros y otros productos o servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el profesional no controle», y los contratos de «compraventa de divisas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas».

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universitat Rovira i Virgili

ANA GIMÉNEZ COSTA
Profesora Colaboradora de Derecho Civil
Universitat Rovira i Virgili

(121) BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Comentarios Bercovitz*, cit., págs. 1315-1316.