

LA PROTECCION Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS Y CREDITICIOS: EL CONTROL DE LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES ABUSIVAS

Prof. Dr. Javier Fernández Costales
Catedrático de Derecho Civil.

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de León

I. INTRODUCCION: PLANTEAMIENTO GENERAL

La protección y defensa de los consumidores y usuarios es una realidad legal establecida hace tiempo en los Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos España, siendo intensificada esta realidad a partir de la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, relativa a un Programa Preliminar de la entonces Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información de los Consumidores. Esta Resolución ha sido desarrollada a través de una serie de Programas y Planes¹ fijando

¹ Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981, relativa a un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores.

Comunicación 314 final, de 28 de julio de 1985, sobre un nuevo impulso a la política de protección de los consumidores.

Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986, relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores.

Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1986, sobre la integración de la política de consumo en las demás políticas comunes.

Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989, sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor.

Plan trienal de acción sobre política de los consumidores en la Comunidad Europea (1990-1992) 98 final, Bruselas, 3 de mayo de 1990.

Resolución del Consejo de 13 de julio de 1992, sobre futuras prioridades de desarrollo de la política de protección de los consumidores y segundo Plan Trienal de Acción para la política de protección de los consumidores en la Comunidad Europea

unos objetivos a desarrollar mediante el apoyo de unos principios y unas acciones prioritarias.

Los objetivos fijados son:

A. Una protección eficaz contra los riesgos capaces de afectar a la salud y a la seguridad de los consumidores.

B. Una protección eficaz contra los riesgos capaces de perjudicar los intereses económicos de los consumidores.

C. Mediante medios apropiados, asesoramiento, asistencia y reparación de los daños.

E. La consulta y la representación de los consumidores cuando se preparen decisiones que les afecten.

Por lo que se refiere al objetivo que tiene como finalidad la protección eficaz contra los riesgos capaces de perjudicar los intereses económicos de los consumidores, se adoptaron una serie de principios y acciones prioritarias de los que destaco como objeto de análisis en el presente trabajo:

1) *Los compradores de bienes o servicios deberán ser protegidos contra los abusos de poder del vendedor, en particular, contra los contratos tipo establecidos unilateralmente, la exclusión abusiva en los contratos de derechos básicos, las condiciones abusivas de crédito...*

2) El consumidor deberá ser protegido contra los perjuicios que pueda causarle a sus intereses económicos un producto defectuoso o unos servicios insuficientes.

3) La presentación y promoción de bienes o de servicios, incluidos los servicios financieros, no deberán ser concebidos de forma que engañen, directa o indirectamente a la persona a la que se la ofrecen o a través de la que se solicitan.

Asimismo para la aplicación y desarrollo de estos principios que de destacado, se establecieron como acciones prioritarias:

(1993-1995), 378 final, Bruselas 28 de Julio 1993; y Tercer Plan Trienal de Acción protectora (1996-1998).

1ª) Armonizar las condiciones generales relativas al crédito al consumo.

2ª) Proteger al consumidor por medio de medidas apropiadas contra la publicidad falsa o engañosa.

3ª) *Proteger a los consumidores contra las prácticas comerciales abusivas en particular, y entre otros, en el de las cláusulas de los contratos.*

Pues bien, como señalé en otro trabajo² el estudio y análisis de las cláusulas abusivas de los contratos con la finalidad de establecer sobre las mismas un control social, es una cuestión de en orden a la defensa de los usuarios y consumidores, puesto que la realidad máximo interés europeo e internacional de la sociedad de consumo y de la contratación en masa, ha puesto en marcha el mecanismo jurídico de las denominadas condiciones generales de la contratación o del contrato³.

Las cláusulas o pactos contractuales de carácter general representan un tráfico jurídico moderno, exponente de racionalidad, igualdad, seguridad⁴, pero suponen también un atentado contra

² FDEZ-COSTALES, J.: «El control de las cláusulas contractuales abusivas en relación a la responsabilidad por daños y su aseguramiento». Revista Iniuria, nº 4 1994, pág. 33 y ss.

³ Con acierto O'CALLAGHAN: «Conceptos básicos y requisitos de las condiciones generales de los contratos». Actualidad de Derecho Civil 1992, I, pág. 4, señala que al respecto hay que hacer dos precisiones terminológicas. En primer lugar, aunque la terminología se ha impuesto, no son verdaderas condiciones, en el sentido técnico-jurídico de las mismas (hecho futuro y objetivamente incierto del que depende la eficacia de un negocio jurídico) sino que son pactos o cláusulas que se contienen en un contrato, normalmente de adhesión (el mismo art. 1255 del Código Civil emplea la expresión «condiciones» en este sentido de pacto o cláusula de un contrato). En segundo lugar, hay que distinguir las condiciones generales de los contratos de las condiciones generales de la contratación: las primeras se contienen en el contrato concreto que una parte preestablece y la otra acepta o rechaza sin más y las segundas no se incluyen en el contrato sino que una parte establece en forma general, para todos los contratos de una especie, y las partes que contratan aceptan someterse a las mismas.

⁴ ALFARO AGUILLA-REAL: «Las condiciones generales de la contratación». Madrid 1991.

BERCOVITZ, R: «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». En BERCOVITZ, A y BERCOVITZ, R.: «Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores». Madrid 1987, págs. 180 y ss.

la libertad contractual, en función de uno de los principios básicos del Derecho privado en general y de nuestro Derecho civil

CABANILLAS: «*Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor*». Anuario de Derecho Civil 1983, págs. 1191 y ss.

CABELLO DE LOS COBOS: «*La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*». Madrid 1990.

DE CASTRO: «*Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*». Anuario de Derecho Civil 1961, págs. 295 y ss.

«*Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*». Anuario Derecho Civil, págs. 987 y ss.

CLAVERIA GOSALVEZ: «*La predisposición del contenido contractual*». Revista de Derecho Privado 1979, págs. 667 y ss.

«*El control de las condiciones generales de los contratos*». La Ley 1989, págs. 1013 y ss.

COCA PAYERAS: «*Protección del consumidor y condiciones generales de la contratación*» en Jornadas sobre problemática jurídica de consumo. Valladolid 1992, págs. 43 y ss.

DIAZ ALABART: «*La cláusula de arbitraje en los contratos de adhesión*». Actualidad Civil 1992, págs. 377 y ss.

GARCIA AMIGO: «*Condiciones generales de los contratos*». Madrid 1969.

«*La defensa de los consumidores desde el Derecho Privado*». Revista Derecho Privado 1975, págs. 395 y ss.

GARCIA CANTERO: «*Venturas y desventuras del art. 10 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios*». Actualidad Civil 1991, nº 22, 27 mayo-2 junio, págs. 289 y ss.

GOMEZ LAPLAZA: «*Ineficacia de las condiciones generales abusivas*».

MORENO QUESADA: «*La protección de consumidores y usuarios a los contratos*». Actualidad Civil 1988, pág. 201.

NIETO CAROL, U: «*Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales de contratación en los contratos crediticios*». Actualidad Civil 1993, págs. 19 y ss.

OTERO LASTRES: «*La protección de los consumidores y las condiciones generales de contratación*». Revista Jurídica. Cataluña 1977, pág. 759.

POLO: «*Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*». Madrid 1990.

SANCHEZ ANDRES: «*El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo*». Revista Derecho Mercantil 1980, págs. 385 y ss.

STIGLITZ: «*Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*». Buenos Aires 1985.

VARIOS AUTORES: «*Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*», de BERCOVITZ, R. y SALAS, J. Madrid 1992.

VARIOS AUTORES: «*Estudios sobre el Derecho del consumo*». Bilbao 1991.

VAZQUEZ FERREIRA: «*Protección y defensa del consumidor*». Ley 24220. Buenos Aires 1994.

VAZQUEZ IRUZUBIETA: «*Consideraciones sobre la incidencia de la Ley del Consumidor en los contratos bancarios*». Revista de Derecho Bancario y Bursátil 1985.

en particular, que es el principio de autonomía de la voluntad, de la autonomía privada enunciado en el art. 1.255 del Código Civil de España y de otros países: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

En consecuencia, del mismo modo y manera que se establecen unos límites al principio de autonomía de la voluntad, deben regularse también unos límites de extensión y alcance de las cláusulas y pactos contractuales de carácter general, para evitar los abusos y los consiguientes perjuicios que pudieran recaer sobre los usuarios y consumidores.

Esta es una preocupación permanente en la actualidad por parte de los diferentes Ordenamientos Jurídicos Internacionales, traduciéndose el control de las cláusulas contractuales generales en un fenómeno jurídico, económico y social, teniendo en cuenta el índice de litigiosidad que emerge en la materia, la latente y permanente regulación y reforma legislativa y el interés que representa en la moderna sociedad de consumo, particularmente en determinados sectores relativos a la prestación de servicios profesionales como los servicios de la edificación, los servicios médicos y hospitalarios, los servicios bancarios o crediticios en general, etc...

II. LAS FUENTES LEGALES DE PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS Y CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLAUSULAS ABUSIVAS. DESARROLLO DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN RELACION A LOS SERVICIOS BANCARIOS Y CREDITICIOS: LA TUTELA DEL CONSUMIDOR Y LA TUTELA DEL MERCADO

La instauración en nuestro ordenamiento jurídico de la protección de los consumidores y usuarios se produce con la Constitución de 27 de diciembre de 1978, estableciendo dicha protección como principio rector de la política social y económica y bien jurí-

dico protegido constitucionalmente en el art. 51: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.

En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

El control con carácter general de posibles cláusulas contractuales generales abusivas, no se produce en España hasta la Ley general para la Defensa de los consumidores y Usuarios de 19 de Julio de 1984, especialmente el artículo 10 de cuya disposición entresaco a los efectos de introducción y especial en mi trabajo el número 1, apartado 3º C que enumera como cláusulas contra la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones:

«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»⁵.

Por otro lado, España como Estado miembro de la Unión o Comunidad Europea ha desarrollado y tiene que desarrollar su Derecho interno conforme a la normativa comunitaria, la cual aunque en el Tratado Constitutivo de Roma de 25 de Marzo de 1957, no regula nada al respecto, sin embargo queda establecida la protección a los consumidores en el Tratado de Maastricht de 7 de Febrero de 1992 en cuyo art., 129 A se establece:

«La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

⁵ En torno a consideraciones preliminares de antecedentes y fuentes legales véase mi trabajo, ob. cit. «*El control...*», págs. 35 y ss.

a) medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior.

b) acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estatutos miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.

El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del presente artículo.

Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión».

Más concretamente la Unión Europea ha promulgado varias Directivas que regulan directamente con carácter general o especial el control de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y las siguientes Directivas y Propuestas de Directiva: Directiva de 22 de Diciembre de 1986 modificada por la de 22 de Febrero de 1990 relativa al crédito al consumo, traspuesta al Derecho Español por la Ley de 23 de Marzo de 1995. En materia de responsabilidad civil del prestador de servicios es imprescindible citar la fluctuante como las monedas, Propuesta de Directiva de 9 de Noviembre de 1990, aparcada de forma general y retirada ya de forma oficial en relación a determinados servicios profesionales como los servicios de la construcción o edificación, los servicios médicos o sanitarios, los servicios bancarios y crediticios, etc... conforme a la comunicación de la Comisión 260 Final de 23 de Junio de 1994 relativa a las nuevas orientaciones en materia de responsabilidad del prestador de servicios, enfocada a estudiar el problema en un contexto más amplio, teniendo en cuenta las características específicas de los diferentes servicios, preparando la Comisión proyectos de textos relativos a sectores para los que se confirmen necesidades particulares y en particular, elaborando normas, Códigos de con-

ducta que permitirá aclarar mejor el compromiso y la expectativa que el él se deriva en su actuación, suscitando y apoyando a escala comunitaria el desarrollo de tales normas voluntarias, sin renunciar a garantizar la seguridad de los servicios y el recurso a la Directivas.

Antecedente de en la materia de servicios bancarios y crediticios son las Recomendaciones de la Comisión de 8 de Diciembre de 1987 y 17 de Noviembre de 1988, sobre un Código Europeo de buena conducta en materia de pago electrónico y sistema de pago y relaciones entre titulares y emisores de tarjetas, Código denominado de Buena Conducta de la Banca Europea con respecto a los sistemas de pago mediante tarjeta, en el documento elaborado como Código por la Agrupación de Cooperativas de Crédito y la Federación Bancaria, ambas de la Unión Europea y la Agrupación de Cajas de Ahorro.

Es de destacar el art. 3 número 1 del citado Código que se refiere a los principios enunciados en el concepto de cláusulas abusivas con relación a los sistemas de pago mediante tarjeta:

«El emisor de la tarjeta pondrá a la disposición del tenedor de la misma un conjunto de términos contractuales y condiciones por escrito (denominados en lo sucesivo "los términos") que regirán la emisión y el uso de dicha tarjeta. Dichos términos deberán mantener un equilibrio justo entre los intereses de las partes interesadas».

Sin embargo, y como señalé, aún no ha sido objeto de trasposición al Derecho español la Directiva de 5 de Abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

No obstante, el Tribunal Supremo y nuestra Jurisprudencia en general viene aplicando por vía de interpretación las Directivas no traspuestas en el plazo marcado por la Unión Europea, siendo de destacar la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1995, en cuyo fundamento quinto establece que:

«Conviene decir que la aplicación de las Directivas a los Estados comunitarios, como reconoce la doctrina, no deja de plan-

tear serios problemas, en posición de generalidad teórica, ya que las Directivas no son de aplicación directa -artículo 189 del Tratado de la Comunidad Europea (LCEUR 1986, 8) que aunque contiene el vocablo «obligará», lo es de forma condicionada. Con ello, su entrada en vigor no ocasiona su automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para convertirse en derecho vigente y de obligado cumplimiento. No obstante, el Tribunal de Justicia de las Comunidades, viene a admitir que producen ciertos efectos especiales, lo que es cuestión distinta, cuando no han sido desarrolladas y carecen de reflejo en las normativas nacionales dentro del plazo fijado, y siempre que se trate de disposiciones dotadas de precisión, claridad y sean incondicionales. Tal efecto directo no se presenta amplio y únicamente opera cuando los particulares actúan frente al Estado desobediente, lo que se conoce como efecto vertical, y no cuando se trate de conflicto entre sólo particulares, efecto horizontal, por no estar vinculados directamente al Tratado de Roma y sí solamente los Estados que lo firmaron».

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como señala la citada sentencia, y a fin de evitar en lo posible que las Directivas, que constituyen fuente e instrumento muy utilizado en el Derecho Comunitario, queden vaciadas de su eficacia y no alcancen la unificación legislativa entre los Estados destinatarios de la misma, ha ido elaborando en los últimos tiempos una doctrina más rigurosa en el tema de la aplicabilidad, sobre todo en los supuestos de no haber sido traspuestas al Derecho interno en el plazo establecido para su desarrollo legislativo interno por cada país miembro y la Directiva cuestionada es invocada en proceso seguido entre particulares. Se alcanza el máximo grado de conflictividad cuando la norma nacional no es conforme a la Directiva no desarrollada, la que es susceptible, entonces, de ser invocada por los interesados en cuanto a los derechos que se deduzcan de la misma y así lo ha declarado reiteradamente el TJCE. La evolución de la jurisprudencia comunitaria se orienta en forma práctica, totalmente útil y válida para la decisión de los litigios y evitar su paralización o que se dicten resoluciones que no encajen en el resultado pretendido de la Directiva correspon-

diente, y así se impone a los Tribunales ordinarios, si bien aplicando el propio derecho interno, a una interpretación lo más conforme al texto de la Directiva no traspuesta para alcanzar el fin que contiene y en el marco de sus definidas competencias, sin postergar ni dejar de aplicar el Derecho propio, que no queda anulado ni sobrepasado.

La aplicación concreta de la Directiva de 5 de Abril de 1993, ha sido efectuada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de Julio de 1993.

Es de reseñar también la amplia normativa elaborada en España que afecta directamente al control de las cláusulas abusivas de los contratos en la materia objeto de mi trabajo, pudiendo citar como fuentes legales al respecto las siguientes:

Real Decreto de 8 de marzo de 1991, por el que se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Real Decreto de 3 de mayo de 1993, por el que se regula el sistema arbitral de consumo.

Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito.

Ley de 30 de marzo de 1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y las Circulares del Banco de España a las Entidades de Crédito de 7 de septiembre de 1990, 13 de noviembre de 1991, 1 de febrero de 1993, 1 de abril de 1994, 3 de agosto de 1994 y 27 de febrero de 1996 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

A toda esta jungla normativa habría que añadir lógicamente la jungla normativa derivada de las Entidades de Crédito⁶ como

⁶ Véase «*Legislación básica de Crédito y Banca*». Editorial Tecnos, preparada por POMED SANCHEZ, LUIS ALBERTO. Madrid 1995.

Normas Generales de Ordenación Bancaria, siendo lógicamente objeto de referencia, la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de Julio de 1988 y la Ley de 14 de Abril de 1994 por la que se adapta la legislación española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen modificaciones relativas al sistema financiero.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores como planteamiento general y fuentes legales en la introducción a la cuestión a tratar respecto al control de las cláusulas contractuales abusivas, da la impresión que el régimen de estas se mueve en España y en la Unión Europea, única y exclusivamente en el campo de la protección o tutela del consumidor y usuario.

Sin embargo, es necesario poner de relieve con COCA⁷ que ni todo el régimen de tutela del consumidor se mueve en el campo de las condiciones generales de contratación, ni las condiciones generales de la contratación juegan únicamente en el terreno de la contratación de consumidores, ya que existe el aspecto de la tutela del mercado junto al de la tutela del consumidor.

Incluso el citado autor, mantiene que determinadas tipologías contractuales propias del tráfico económico moderno, celebradas siempre bajo condiciones generales de contratación nunca tienen como parte contratante a un consumidor o usuario, citando como ejemplo el contrato de leasing, pues el bien cedido en leasing, difícilmente será su destinatario final, a tenor de la disposición adicional séptima de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988, que establece que los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios, o profesionales. Por tanto el usuario no puede ser considerado usuario o consumidor a los efectos de la Ley General de Consumidores y Usuarios por estar expresamente exceptuados estos supuestos por el art. 1 de la propia Ley que expresa:

⁷ «Protección del consumidor y condiciones generales de la contratación» en Jornadas sobre problemática jurídica de consumo. Valladolid 1992, págs. 46 y 47.

«No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

No obstante los Tribunales vienen aplicando La Ley de Consumidores y Usuarios en materia de arrendamiento financiero. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Noviembre de 1995 se plantea la nulidad de cláusulas abusivas procedentes de un arrendamiento financiero por infracción del art. 10 de la LGCU por parte de una sociedad anónima que evidentemente no tenía la cualidad de consumidor final, no entrando el Tribunal Supremo a analizar este tipo de consideración. Asimismo, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Toledo de 3 de noviembre de 1992, de Oviedo de 22 de enero de 1993 y de 20 de marzo de 1993, de La Coruña de 11 de abril de 1994, de Baleares de 14 de julio de 1994, de Sevilla de 18 de julio de 1995, y de Guadalajara de 5 de octubre de 1995.

Sin embargo, se ha manifestado en contra de aplicar la LGCU al contrato de leasing o arrendamiento financiero en los términos señalados por COCA en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 4 de diciembre de 1995, en cuyo Fundamento de Derecho Tercero indica que en cuanto a la debida aplicación de la Ley de Consumidores, debemos destacar que también se fijan como fundamento de la resolución del art. 1.124 del Código Civil y el principio general del derecho que veda el enriquecimiento injusto.

Ciertamente no es de aplicación en este caso el art. 10 de la denominada Ley de Consumidores, en cuanto los ejecutados no reúnan los requisitos del consumidor protegido por la norma, pues el importe financiado lo destinaban e integraban en una explotación económica, con el consiguiente ánimo de lucro (art. 1.3 de la mencionada Ley), es decir, no pueden ser considerados como consumidores finales.

Pero nada obsta a que se llegue al mismo resultado a través del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto, y especial-

mente, en base al exigible equilibrio en las prestaciones ínsito en el art. 1.124 del Código Civil, que debe sustentar todo instituto contractual para evitar su desnaturalización (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991, entre otras).

De ahí que entre los antecedentes del control de las cláusulas abusivas, haya que reseñar el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, elaborado por el Ministerio de Justicia de España en 1991, informado por el Consejo General del Poder Judicial el 3 de Diciembre también de 1991.

Este Anteproyecto fue redactado por primera vez en 1979, sucediéndose varias versiones y reelaboraciones fundamentalmente la publicada por el Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 1988 y por último el texto de 1991 al que me he referido, siendo interesante a este respecto la Exposición de Motivos puesto que resalta más la tutela del mercado que la tutela del consumidor al señalar que las condiciones generales de la contratación se utilizan también para los contratos que celebran los empresarios entre sí, razón por la cual una Ley que regule esta cuestión debe trascender, aunque sin desconocerlo, el ámbito estricto de la defensa del consumidor.

Estas consideraciones preliminares nos sitúan ya en disposición de examinar el concepto de cláusulas abusivas, y de exponer los mecanismos de control de las mismas desde el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, relativos al Ordenamiento Jurídico en España y en la Unión Europea.

III. CONCEPTO LEGAL DE LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES ABUSIVAS

En España la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), incluye una definición por un lado de las Condiciones Generales en el art.10 nº 2 y por otro lado de las cláusulas abusivas en el mismo art.10 nº 1 apartado c), punto 3.

Con respecto a las condiciones generales expresa que «a los efectos de la Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipu-

laciones de carácter general el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o este celebren y cuya aplicación no pueda evitar el consumidor o usuario siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate».

El Anteproyecto de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (ALCG) en su última redacción de 1991 reputa por tales en el art. 1 «aquellas que hubieran sido formuladas con la finalidad de ser aplicadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes y cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes, el predisponente, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias».

Este segundo concepto determina el mismo en función de un control del ámbito objetivo de las mismas lo que hace extender su aplicación a un mayor tipo de contratos que el concepto que se deriva de la LGDCU.

Determinado el concepto legal de las denominadas condiciones generales de los contratos, la LGCU, nos precisa y concreta un concepto legal de cláusulas abusivas en el art. 10 n° 1 apartado c), punto 3 al expresar que entiende por cláusulas abusivas «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 y usuarios».

Sin embargo, DIAZ ALABART⁸ con acertado criterio afirma que más que una definición o concepto es una repetición del concepto innecesaria, mal colocada que demuestra el carácter abierto de la enumeración que de las cláusulas abusivas realiza el legislador español en el art. 10 n° 1, apartado 3 c).

En efecto, en el apartado general n° 1 c) del art. 10 se expresa un concepto legal de cláusula abusiva en función de los requisitos legales que deben reunir las cláusulas generales que en

⁸ Ob. cit. «Comentarios.....» dirigidos por BERCOVITZ, R. pág. 268.

concreto se refiere a la exigencia de la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones como principio general.

Con un criterio mucho más amplio el ALCG, establece en el art. 7 que cláusulas abusivas serán aquellas que contradigan las exigencias de la buena fe, presumiendo contrarias a esta las cláusulas que injustificadamente contradigan o se aparten de los principios inspiradores de las normas legales aplicables al contrato o modifiquen los derechos y obligaciones inherentes a su naturaleza.

Por consiguiente el control de concepto que quiere establecer el legislador en la cláusula abusiva está basado en la máxima jurídica de la buena fe que condensa los principios fundamentales de la contratación y que para juzgar abusiva una cláusula habrá que estar a su posible justificación, ya que en otro caso al redactarse de forma unilateral no puede apartarse, insisto, sin justificación, de las normas y principios que rigen el derecho dispositivo y que tiene su concreción en el art. 1258 del Código Civil de España: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

La Directiva de la Comunidad o Unión Europea de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, regula precisamente un concepto de cláusula abusiva basándose fundamentalmente en el hecho de que se configura unilateralmente produciéndose un desequilibrio contractual y así se establece en el art. 3:

«Las cláusulas contractuales 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».

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.

Evidentemente el concepto o definición legal puede legal puede cumplir un papel muy importante en la aplicación concreta del control de las cláusulas abusivas efectúa el Poder Legislativo.

Es muy interesante a este respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de Febrero de 1995 cuando en su fundamento primero declara la existencia de una cláusula abusiva en un contrato con una Entidad crediticia por infracción de la buena fe y equilibrio de las prestaciones, al basarse en el concepto legal anteriormente señalado argumentando que se pretende por la actora y apelante, el abono de la totalidad de la deuda aún no vencida y pendiente, extinguiendo el aplazamiento, e incluyendo además del capital, los recargos por intereses correspondientes a los plazos anticipadamente vencidos, y aplicando a la cantidad global desde la fecha de vencimiento el recargo pactado para el caso de mora en el pago, teniendo la percepción de los referidos intereses, el concepto de indemnización por daños y perjuicios. *Se deniega por el Juzgado de instancia, la pretensión relativa a la inclusión de los intereses correspondientes a los plazos cuyo vencimiento se anticipa sobre los que se pide además la aplicación de los intereses estipulados por mora, debiendo fundamentarse la desestimación en la falta de causa (art. 1274 del Código Civil), al ser los intereses, obligaciones accesorias, que sólo son exigibles en tanto la principal pende, así como en la infracción de los dispuesto en el art.10.1 apartado c), númrs. 3º y 4º de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y art. 10.4 de la misma, al excluir la buena fe y buen equilibrio de las contraprestaciones las cláusulas abusivas, entendiéndose 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 y usuarios, e igualmente las condiciones abusivas de crédito, siendo nulas de pleno derecho y teniéndose por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los requisitos exigidos por la Ley, añadiéndose, que no puede dársele a los intereses previstos para*

el capital aún no vencido, con carácter general y apriorístico la consideración de daños y perjuicios, al tener que acreditarse tales conceptos de toda su extensión. Efectivamente la indemnización de daños y perjuicios requiere la acreditación por quienes lo soliciten, de que ésta ha sufrido el perjuicio por causa del hecho de que pretenda disminuirlos así como su cuantía (SSTS 4 octubre 1991 y 7 abril 1993), siendo criterio consolidado del Alto Tribunal, que exime de mayores consideraciones al respecto. En el caso concreto examinado, el adelantamiento de los vencimientos no vencidos en la fecha de extinción del aplazamiento, exigiendo los intereses presupuestados para los meses siguientes, suponen una situación abusiva.

Véase asimismo la elaborada con fino y acertado criterio jurídico Sentencia de 7 de Diciembre de 1994 de la Audiencia Provincial de León sobre existencia de cláusula abusiva por lesión del art. 10 de la LGCU al establecer contractualmente la obligación de libramiento de un pagaré por deuda derivada de un contrato de préstamo, lo que supone una conducta contraria a la buena fe que destruye el equilibrio de las prestaciones, comportando una violación del orden público económico.

En esta Línea de control de las cláusulas contractuales abusivas en los contratos crediticios a través del concepto legal, es abundante la jurisprudencia de nuestros Tribunales: Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de Diciembre de 1994, de Navarra de 31 de Diciembre de 1994, de Jaén de 18 de Diciembre de 1995, etc....

IV. CLASES DE CONTROL DE LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES ABUSIVAS: CONTROL LEGAL, CONTROL JUDICIAL Y ARBITRAL, CONTROL ADMINISTRATIVO Y CONTROL MIXTO

En España el necesario control de las cláusulas contractuales abusivas se realiza fundamentalmente a través de los Poderes del Estado, es decir del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del

Poder Ejecutivo, lo que reconduce las clases de control al control legal, control judicial y en su caso arbitral y control administrativo, sin perjuicio de la existencia de otro tipo de controles de carácter mixto por los diferentes poderes del Estado o de los controles realizados por órganos e instituciones investidos legalmente con competencias al efecto.

1. CONTROL LEGAL: APROXIMACIÓN AL ART. 10 DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE 19 DE JULIO DE 1984, EN RELACIÓN A LOS SERVICIOS BANCARIOS Y CREDITICIOS Y A LA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO DE 23 DE MARZO DE 1995. CASUÍSTICA DE SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES

El control legal de las cláusulas contractuales abusivas encuentra su máxima expresión en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de Julio de 1984, con carácter general, en las Leyes especiales que con carácter particular para determinados contratos ha promulgado el legislador español en la normativa competencial de las Comunidades Autónomas y muy especialmente en la normativa de la Comunidad o Unión Europea⁹.

El control a través de la LGCU, se centra fundamentalmente en la exigencia de unos requisitos para la validez de las cláusulas contractuales generales en las distintas fases de perfección de los contratos, cuyo incumplimiento puede generar evidentemente un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contractuales, atentando en consecuencia contra la buena fe como máxima fundamental del comportamiento contractual.

En este sentido, la LGCU y la normativa que la completa, complementa y desarrolla, establece unos requisitos que abarcan las fases de promoción, perfección y ejecución del contrato y

⁹ Véase «*Legislación básica de consumo*». Editorial Tecnos preparada por MARTINEZ DE AGUIRRE y ALDAZ y PARRA LUCAN. Madrid 1995.

que la doctrina clasifica como requisitos de inclusión, requisitos de interpretación e integración, requisitos de contenido y requisitos de exclusión¹⁰, siendo estos dos últimos controles a través de los requisitos susceptibles de subsumir en el control de contenido, y que suponen el control más auténtico y directo de las cláusulas abusivas, sobre el que pueden establecerse varios sistemas o modelos.

Con respecto a la fase de promoción del contrato es necesario tener en cuenta el art. 8 de la LGCU, pues a mí juicio es cláusula abusiva aquélla que desvirtúe la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, puesto que el contratante puede exigir en todo caso las prestaciones propias de cada producto o servicio que consten en el contrato o hayan sido ofertadas en la fase de promoción a través de la correspondiente publicidad.

En este sentido la disposición legal citada dispone:

«La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se adaptarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido».

Es necesario tener en cuenta a este respecto la Ley General de Publicidad de 11 de Noviembre de 1988, adaptada a la Directiva de la Unión Europea de 10 de Septiembre de 1984.

Por lo que se refiere a la fase de perfección del contrato, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene declarando reiteradamente que las cláusulas limitativas de derechos, no se entenderán

¹⁰ Véase fundamentalmente COCA «Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», dirigidos por BERCOVITZ, R. Madrid 1991, págs. 235 y ss. y ob. cit. «Protección...», págs. 53 y ss; ALFARO, ob. cit. «Las condiciones...», págs. 189 y ss; O'CALLAGHAN, ob. cit. «Conceptos básicos...», págs. 13 y ss.

incorporadas al contrato fundamentando sus fallos en que las condiciones generales no estaban firmadas aunque el consumidor o usuario aceptase la incorporación de las condiciones mediante una cláusula de remisión: Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 1986, 15 de Abril de 1988 y 29 de Enero de 1996... siendo de reseñar en la Jurisprudencia de las Audiencias en torno a la necesidad de aceptación específica y por escrito de las condiciones generales limitativas, las Sentencias de las Audiencias de Toledo de 31 de Diciembre de 1993, y Madrid de 21 de Febrero de 1994.

Por lo que se refiere a la fase de ejecución del contrato, viene determinada por un lado por los requisitos de interpretación e integración, así como por los requisitos de contenido.

En cuanto a las reglas de interpretación que marcan el control de las cláusulas contractuales que pudieran considerarse contrarias a la buena fe y equilibrio de las relaciones contractuales el art. 10 n° 2 párrafo segundo, establece que «las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquellas sean más beneficiosas que estas. Es decir, que se contemplan lo que la doctrina denomina reglas de condición más beneficiosa, regla de prevalencia y regla contra proferentem».

La primera de ellas, la regla de condición más beneficiosa tiene también aplicación concreta en el art. 8 con relación a la fase ya reseñada de promoción del contrato cuando señala que si el contrato tuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad, lo cual por otro lado, tiene su fundamentación en el propio contrato perfeccionado y aceptado por las partes, sin necesidad de contenido de esta disposición legal.

La segunda regla de prevalencia, exige una situación de contradicción entre una cláusula o condición general y una cláusula particular, prevaleciendo esta, siempre y cuando no sea más beneficiosa la cláusula general, supuesto expresamente recogido en el art. 6 del ALCG.

Finalmente, la tercera regla denominada de interpretación contra preferentem se resuelve en la misma línea que el art. 1288 del C. Civil de España y el art. 6 del ALCG, en el sentido de que las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado como predisponente de las mismas. La Directiva Comunitaria sobre la materia establece en el art. 5 que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

Esta es la línea seguida reiteradamente por el Tribunal Supremo y en particular por las Sentencias de 5 de Septiembre de 1991 y 22 de Julio de 1992 pues consideran que las dudas han de bascular contra la parte redactora del documento o en definitiva en contra de quien introduce la confusión u oscuridad conforme al art. 10 n° 2 de la LGCU (Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de Enero de 1993).

El alcance y exigencia de los requisitos relativos a la fase de perfección, por un lado, y la de ejecución por otro, concretada a los requisitos de interpretación, viene establecido en el art. 10 n° 1 a) de la LGCU cuando se indica por el legislador que «las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.*

NIETO CAROL¹¹ desarrolla con gran precisión estos requisitos de validez, con arreglo a la específica normativa bancaria vigente hasta entonces que he reseñado junto a la nueva Ley de Crédito al Consumo de 23 de Marzo de 1995, al analizar las

¹¹ Ob. cit. «Contratos de adhesión...», págs. 21, 22, 27 y 28.

fuentes legales que sintetiza en a) Que en el documento contractual figuren las condiciones generales o una referencia expresa al documento donde estas se encuentren. b) Que se entregue al adherente copia de las condiciones generales, bien el propio documento contractual, bien el documento a que se refiere este; a este punto hace referencia el art. 10 n° 1 b) de la LGCU («entrega, salvo renuncia del interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso de presupuesto, debidamente explicado»). c) Que las condiciones generales están redactadas de forma legible y comprensible, lo cual nos sitúa ya en análisis del control de contenido.

Con carácter previo el citado autor justifica el empleo de las condiciones generales en la contratación bancaria, con apoyo en la doctrina de ALFARO¹² y que resume en: la reducción de los costes de contratación, facilitación de la división de tareas, facilitación de la coordinación en el seno de la propia empresa bancaria y finalmente en que posibilita el cálculo anticipado de los costes.

El control sobre el contenido del contrato supone en la ejecución del contrato el auténtico control directo sobre las cláusulas contractuales abusivas también denominadas lesivas, desleales, vejatorias, o en terminología de NELSON NERY¹³ opresivas, onerosas o excesivas.

Los diferentes modelos o sistemas adoptados por los ordenamientos jurídicos con respecto a la determinación de las cláusulas abusivas a través del control del contenido del contrato, son fundamentalmente tres: a) el de la cláusula general que exige la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones; b) el de las cláusulas particulares, con su doble posibilidad de carácter cerrado y sin posibilidad de valoración judicial o de carácter abierto y con posibilidad de valoración judicial, denominadas respectivamente lista negra y lista gris; y c) el modelo mixto de cláusula general y cláusulas particulares.

¹² Ob. cit. «*Las condiciones generales...*», págs. 180 y ss.

¹³ «*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*». Sao Paulo 1993, pág. 334.

España, ha adoptado este último sistema en el art. 10 n° 1 apdo. 3 c) y a tal efecto tras la cláusula general de exigir la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones, indica que entre otras cosas excluye las siguientes cláusulas que distribuye en doce apartados de las que subrayo todas las que afecten de forma directa o indirecta a los contratos crediticios.

1°) La omisión, en casos de pago diferido en contratos de compraventa, de la cantidad aplazada, tipo de interés anual sobre saldos pendientes de amortización y las cláusulas que, de cualquier forma, faculten al vendedor a incrementar el precio aplazado del bien durante la vigencia del contrato.

2°) Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta, por correo, a domicilio y por muestrario.

3°) 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 en los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.

4°) Condiciones abusivas de crédito.

5°) Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.

6°) Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

7°) La repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos, que no le sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente.

8°) La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

9º) 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.

10º) La imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario reconocidos en esta Ley.

11º) En la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

12º) La obligada adquisición de bienes o mercancías complementarias o accesorios no solicitados.

Por lo que se refiere a la cláusula general, su formulación es independiente con respecto a los requisitos exigidos de la buena fe y del justo equilibrio de las contraprestaciones, lo cual da una amplitud enorme al control judicial.

A ello es preciso reiterar el carácter enunciativo de las enumeradas, si tenemos también en cuenta el art. nº 3 de la Directiva de cláusulas, cuando señala que el Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, al igual que el Reglamento que contiene las normas para defensa del consumidor, aplicable en el ámbito del MERCOSUR cuando en el art., 40 precisa que «son consideradas cláusulas abusivas, *sin perjuicio de otras*, las siguientes...».

La enumeración efectuada por el legislador de las cláusulas particulares es ampliamente criticada por la doctrina por su carácter heterogéneo y por la repetición innecesaria de algunas, como he puesto de relieve, mientras que se ha olvidado la inclusión de otras que tiene gran importancia en la ejecución de las relaciones contractuales y que han sido objeto de análisis por el Tribunal Supremo como por ejemplo la cláusula relativa a la renuncia del propio fuero.

El número 1 regula dos supuestos diferentes de cláusulas relativas por un lado, a la omisión en los contratos a plazos de la

cantidad aplazada y el tipo de interés anual sobre los saldos pendientes de amortización, y por otro lado, las cláusulas que facultan al vendedor a incrementar el precio aplazado durante la vigencia del contrato.

Como señalan BERCOVITZ y DIAZ ALABART¹⁴, el legislador pretende asegurar al consumidor una información completa sobre las condiciones económicas en las que adquiere los productos y servicios y como indicaré con relación al número 4 relativo a las condiciones abusivas de crédito la Directiva de la Unión Europea sobre Crédito al Consumo de 22 de Diciembre de 1986, modificada por la de 22 de Febrero de 1990, detalla exhaustivamente la pretensión de información completa al consumidor respecto del coste total del crédito y lo que va a costar cada año. Directiva traspuesta al Derecho español por la Ley de Crédito al Consumo de 23 de Marzo de 1995.

En la misma línea el real Decreto de 21 de Abril de 1989 sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas al que ya he hecho referencia, prescribe en el art. 10 la prohibición de inclusión de cláusulas que no reflejen con claridad u omitan, en los casos de pago diferido, la cantidad aplazada, el tipo de interés sobre los saldos pendientes de amortización y las condiciones de amortización de los créditos concedidos. Asimismo la Ley de Ventas a Plazos de 17 de Julio de 1965 en los arts. 6 y 7 establece la necesidad de incluir las estipulaciones que hace referencia esta cláusula. De acuerdo con la Disposición final segunda la nueva Ley de Crédito al Consumo de 1995 se aplica con carácter preferente para los contratos anteriores a la misma pero incluidos en el ámbito de su aplicación, siendo aquella otra Ley de aplicación supletoria, además de estar sujeta a reforma.

Sin embargo, este tipo de cláusula abusiva no se encuentra regulada en el ALCG de 1991 y sí en su anterior redacción, quizás por entender que se trata de una cláusula ilícita además de abusiva puesto que conforme a los arts. 1445, 1447 y 1459 del

¹⁴ Ob. cit. «Comentarios...» dirigidos por BERCOVITZ, R. pág. 255.

Código Civil español, se establece la exigencia de precio cierto y determinable, y que el señalamiento del mismo nunca podrá dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

En cuanto a la segunda de las cláusulas contenidas en el número uno, consiste en la posibilidad de modificación unilateral de la prestación convenida, cuestión que está prohibida y por consiguiente es ilícita por el art. 1256 del Código Civil puesto que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Ambas cláusulas del nº 1 están comprendidas en la Directiva de la Unión Europea de 1993 en el anexo letras J, K y L en términos generales relativos a la modificación unilateral del contrato, precisando que no existan motivos válidos para tal modificación.

También se recoge en el art. 9 del ALCG «tampoco podrán reservar al predisponente la facultad de modificar unilateralmente la prestación convenida salvo que medie una razón objetivamente justificada que habrá de consignarse en la cláusula y que aquella se adecue a las nuevas circunstancias.

El número 2 regula como cláusula abusiva la facultad de resolver discrecionalmente el contrato por una de las partes, aunque en realidad debería de entenderse respecto del predisponente o redactor unilateral de la cláusula, pero en todo caso podría ir contra el art., 1256 del Código Civil. No obstante, hay que tener en cuenta el art. 1115 del Código Civil que permite esta resolución unilateral si se pacta sobre una condición que dependa de la suerte o de la voluntad de un tercero.

La Directiva de 1993 recoge este supuesto, en el anexo letra F) determinando la salvedad que sería válida si tuviera la misma facultad el consumidor.

«En los contratos con un plazo de duración determinado, las cláusulas de condiciones generales no podrán reservar al predisponente la facultad de resolverlos anticipadamente *sin motivo justificado*.

En los contratos por tiempo indefinido, las cláusulas de condiciones generales no podrán reservar al predisponente la facul-

tad de resolverlo en un plazo desproporcionadamente breve desde el momento de la celebración o liberarle de la obligación de comunicar al adherente con una antelación razonable, su propósito de resolver».

Es posible que cuando hay motivo justificado, que se analizará en cada caso concreto, puesto que es evidente que si la otra parte incumple, sería un supuesto de aplicación general de la resolución por incumplimiento de las obligaciones regulado en los arts. 1124 y 1504 del Código Civil.

En este sentido se pronuncia con claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Febrero de 1991 junto con la de 7 de Noviembre de 1988. En aquella se invocaba la violación del precepto de la LGCU que analizo, pues en su tercer considerando apdo. c) se indica que si bien la LGCU, establece en su art. 10-1, apdo. c) nº 2 que las *cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato y las cláusulas abusivas*, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten una posición de desequilibrio en menoscabo de los intereses del consumidor o usuario, excluyen la buena fe y justo equilibrio de la contraprestación, *es evidente que ha de profundizarse en la interpretación de las obligaciones contraídas por estos y en el factor de hecho de cumplimiento de los compromisos y contraprestaciones de las partes*, que como es sabido es tema valorable por los Tribunales de instancia, de suerte que cuando como en el presente caso, se ha verificado esa valoración, que es presupuesto de la aplicación de los artículos 1124 y 1504 del Código Civil, sin haberse combatido los mismos, no cabe ahora argüir en por del valladar que supongan esas normas especiales, cuando precisamente salvan las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario y con mayor motivo hay que salvar, como «de iure» salvan las prescripciones especiales de los artículos 1124 y 1504 del Código Civil, puesto que *no los derogan y que conjuntamente, proyectan un estatuto privilegiado para el comprador de bienes inmuebles, cuyo desconocimiento o su desobediencia supondría no ya una dislocación del tráfico inmobiliario cuando el vendedor ha cumplido las obligaciones, si-*

no una patente del incumplimiento de las suyas tan elementales como el pago del precio por parte del comprador, acarreado una clara infracción de los artículos 38, 128 y 139 de la Constitución, a cuyo marco económico ha de ajustarse la aplicación de la ley Especial de 19-7.1984, según impone su propio artículo 1-2, y el trascendente principio de la seguridad jurídica consagrado por el artículo 9-3 de la misma Constitución, máxime cuando el artículo 1154 del Código Civil faculta al juzgador la corrección en equidad de la pena civil convenida de la que en este caso ha hecho uso acertadamente la Sala de instancia.

Por el contrario, si no hay causa que lo justifique la cláusula será abusiva tal y como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Mayo de 1986 puesto que considera que en un contrato de Agencia de Seguros, la cláusula general, según la cual el contrato puede ser rescindido por cualquiera de las partes sin alegar causa alguna, avisando a la otra por carta certificada con un mes de antelación por lo menos a la fecha en que haya de tener efecto la anulación, ha de ser interpretada adecuándola a la buena fe y a la equidad, pues viene a reflejar una desigualdad entre las partes que coloca a una de ellas, el Agente, en situación de dependencia de la empresa cuando es esta la que ejercita la rescisión del contrato.

De ahí que establezca que en el caso enjuiciado, habrá una persecución unilateral de intereses que, si es injusta, es decir, si no está ordenada por motivos objetivos, dará lugar a la invalidez de los pactos o condiciones en que se manifieste. Y esto es lo que ocurre con la cláusula de rescisión «sin expresión de la causa», que puede ocultar o contrario a la moral que ordena preservar el artículo 1255 del Código Civil, como es, entre otras, la consecuencia de rescindir el contrato sin previa liquidación de las operaciones negociales pendientes.

BERCOVITZ¹⁵, entiende que la tesis mantenida por el Tribunal Supremo es correcta, indicando que recoge nuestra mejor doctrina en relación con los límites que impone a la eficacia de

¹⁵ «Comentarios a la Sentencia de 26 de mayo de 1986». Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 1986, págs. 3661 y ss.

las condiciones generales una valoración adecuada de las normas dispositivas, que son fiel reflejo de la causa de contrato y consecuentemente solamente admiten su modificación o sustitución por cláusulas con otro contenido dentro de ciertos límites, cuando ello se encuentre debidamente justificado.

Por supuesto considero que para su validez debe de ser expresado específicamente en el contrato pues se utiliza en muy diferentes tipos de relaciones contractuales, como las que analizo de contratos crediticios y otros como contratos turísticos, etc... (Véase en este último caso, por ejemplo la Directiva de 13 de Junio de 1990 relativa a viajes combinados.

Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, han entrado a analizar también en reiteradas ocasiones, el alcance de la cláusula que faculta resolver el contrato al vendedor con ocasión de contratos de compraventa con precio aplazado, establecida en condiciones generales de contratación por tratarse de determinadas Entidades Bancarias que actúan como vendedoras de fincas urbanas.

La doctrina, reiterada y constante, sentada por dicho centro Directivo se encuentra fundamentalmente en las Resoluciones de 5, 6 y 7 de Febrero de 1990, 8, 9, 10, 11 y 14 de Octubre de 1991 y 1 y 29 de Junio, y 6 de Julio de 1992. La Resolución de 1 de Junio de 1992 confirma la validez de la estipulación que extiende incluso a la obligación de abono de intereses por el aplazamiento del pago precio, la cobertura inherente a la condición resolutoria explícita del art. 1504 del Código Civil, no obstante entender que los medios de calificación de que dispone el Registrador impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley.

El número 3 del art. 10 es objeto de consideración conjunta con el apartado c) pues ya he señalado que se trata de una cláusula particular repetida subsumible en la cláusula general.

El número 4 relativo a las condiciones abusivas de crédito, podría subsumirse también en el supuesto general que considera cláusulas abusivas las que atenten contra la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones, pero teniendo en cuenta la

importancia y trascendencia económica de los créditos al consumo el legislador español y europeo han querido particularizar expresamente estas cláusulas abusivas para estos tipos concretos de contrato¹⁶.

La legislación española en la materia se recoge fundamentalmente en la Ley de Usura de 23 de Julio de 1908 y en la ya reseñada Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 17 de Julio de 1965, normativa a la que debemos añadir la Directiva de la Comunidad o Unión Europea de 22 de Diciembre de 1986, sobre crédito al consumo, modificada por la Directiva de 22 de Febrero de 1990, traspuesta al Derecho español por la Ley de Crédito al Consumo de 23 de Marzo de 1995, que modifica a su vez la Ley de Ventas a Plazos de 1965, La Ley Cambiaria y del Cheque de 1985 y el Código Civil y Código de Comercio, pues se establecen preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento, eficacia y ejecución de los contratos.

El ALCG de 1991 no establece específicas cláusulas generales abusivas en materia de crédito al consumo y sí en cambio el texto del antiguo Anteproyecto, pero pueden subsumirse en la cláusula general abusiva y en las particulares de garantías excesivas y errores administrativos y de gestión.

A continuación expondré una casuística jurisprudencial en torno a supuestos típicos de cláusulas abusivas en los contratos crediticios.

La Ley de Crédito al Consumo, conforme a su exposición de Motivos comienza delimitando los supuestos a los que es aplicable, acogiendo una definición de consumidor que se adapta a lo establecido en la Directiva de 1990 (art. 1), siendo destacable la

¹⁶ Véase fundamentalmente AZORIN RONCERO: «*La Ley General de Protección de los derechos de usuarios y consumidores. Operaciones bancarias*». Revista General de Derecho 1985, pág. 2136 y NIETO CAROL: «*Contratos de adhesión y derecho de los consumidores, situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios*». Actualidad Civil 1993, pág. 19 y PASQUAN LIAÑO: «*Propuestas para una protección jurídica de los consumidores en materia de créditos de consumo: medidas de prevención y solución de problemas derivados del sobreendeudamiento*». Estudios de Consumo 1990, pág. 25.

exclusión de su ámbito de aquellos contratos cuyo importe sea inferior a 25.000 pesetas o superior a 3.000.000. No obstante, a estos últimos les serán de aplicación las disposiciones sobre publicidad e información y la determinación de la tasa anual equivalente.

La protección a los consumidores se centra, en primer término, en la publicidad, en la información a los mismos, en el contenido, la forma y los supuestos de nulidad de los contratos y en la determinación de conceptos, tales como el coste total del crédito y la tasa anual equivalente, que han de servir no sólo para informar mejor a los consumidores, sino también para dar mayor transparencia al coste de los créditos y permitir el contraste entre las distintas ofertas.

Asimismo, se establece una fórmula matemática para el cálculo de la tasa anual equivalente, por referencia al coste total del crédito, expresado este en un porcentaje anual sobre la cuantía concedida, y *se delimitan estrictamente los supuestos en que el coste total del crédito puede ser modificado, recogiendo las condiciones a que debe ajustarse el acuerdo de modificación.*

Como cierre general importante en orden al control de las cláusulas abusivas, el art. 3 de la Ley establece el carácter de sus normas determinando que «No serán válidos y se tendrán por no puestos, los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo dispuesto en la presente Ley, salvo que sean más beneficiosos para éste».

De forma particular y con relación a la eficacia de los contratos vinculados a la obtención del crédito el art. 14 expresa: «La eficacia de los contratos de consumo, en los que se establezca expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito. *Será nulo el pacto incluido en el contrato por el que se obligue al consumidor a un pago al contado o a otras fórmulas de pago, para el caso de que no se obtenga el crédito de financiación previsto.*

Se tendrán por no puestas las cláusulas en las que el proveedor exija que el crédito para su financiación únicamente pueda ser otorgado por un determinado concedente».

En cuanto a la posible sumisión de fuero que no se contempla en el art. 10 de la LGCU, el art. 4 de la Ley de Crédito al Consumo otorga la competencia jurisdiccional al Juez del domicilio del consumidor.

El supuesto más típico de cláusula abusiva de crédito es la ocultación del interés real, mediante la utilización de métodos financieros de cálculo de los que resulta un costo efectivo superior al nominal pactado en el contrato, es decir, todo lo que pueda conducir a un interés excesivo, sea usuario o no y todos aquellos supuestos que supongan garantías excesivas o cláusulas penales excesivas o cualquier cláusula que pueda quedar subsumida en alguno de los supuestos que establece el art. 10 y que afectan a los principales contratos de crédito al consumo configurados a través del contrato de leasing financiero, contrato de ventas a plazos, contrato de apertura de crédito y contrato de crédito a través de tarjeta: así por ejemplo, señalar las cláusulas que determinan en favor del prestador del servicio, el coste efectivo del crédito, la resolución anticipada del contrato, la exoneración de responsabilidad, etc.¹⁷.

La casuística jurisprudencial cada vez es más abundante en la materia y dado que como ya señalé el supuesto más típico de cláusula abusiva de crédito es la oscuridad en el costo real del crédito en función de los intereses, he de reseñar en primer lugar, la postura que mantiene alguno de nuestros Tribunales, poniendo en relación la *distinción entre interés usuario e interés abusivo*, que se analiza con amplitud, y también con profundidad examinando la antigua, pero vigente Ley de Usura de 1908 y la LGCU de 1984 y también la reciente Ley de Crédito al consumo de 1995, en aplicación de la Directiva Comunitaria de 1990 sobre la materia.

A título indicativo podemos enumerar las siguientes:

¹⁷ Véase DIAZ ALABART: «Comentarios...» dirigido por BERCOVITZ, R. págs. 275 y ss.

1) *Intereses abusivos*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de Febrero de 1996, sienta a lo largo de sus extensos fundamentos quinto y sexto la siguiente doctrina para declarar la nulidad de una cláusula contractual abusiva por razón de los intereses:

«El artículo 1 de la Ley 23 julio 1908 junto al requisito de la estipulación de un interés notablemente superior al normal del dinero, exige para calificar de usuario un préstamo, bien que dicho interés sea manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o que resulte leonino dadas las condiciones en que se pactó, añadiendo como requisito común a los dos supuestos anteriores que existan motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario, a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Por consiguiente, según la Ley de Azcárate, *no basta para calificar de usuario un préstamo el requisito objetivo de la desproporción entre el interés estipulado y el normal del dinero en el momento de su contratación, sino que además, el precepto citado exige un elemento subjetivo y causal que justifique su aceptación por el prestatario, y que en cierto modo vicie la voluntad contractual, privándola de su necesaria autonomía y libertad, eje del sistema obligacional de nuestro derecho.* No obstante ello, el desarrollo económico y social en transcurso de todo el siglo XX, y la abundante proliferación de la contratación en masa, caracterizada por su rapidez y celeridad, dirigida a potenciar el consumo necesario por el sostén del sistema capitalista, ha hecho que la oferta abrumadora de bienes en el mercado sitúe al consumidor y usuario en una posición de cuasiautomatismo que le aboca a su consecución, sin reparar en el coste de ello. En esta dinámica, la figura del financiador ocupa un lugar preeminente, y al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) tilda de legalidad y libertad el marco contractual en que desarrolla su actividad comercial, cuando lo cierto es que por las razones expuestas, y sin necesidad de acudir a los criterios que expone la antigua Ley reguladora de la usura, la voluntad del consumidor, que ocupa la posición de prestamista está «ab ini-

«disminuida, por la necesidad creada de adquirir el bien de consumo».

Por ello en el fundamento quinto establece la siguiente variación: «Siendo ello así, la Ley de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, exige en su artículo 10 la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones en las cláusulas, condiciones o estipulaciones contenidas en la oferta, promoción y venta de productos o servicios, en orden a la protección de los intereses económicos y sociales de los particulares, excluyendo expresamente, las cláusulas abusivas, entendiéndose 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 y usuarios. *Por consiguiente, trasladando la concepción de préstamo usurario que se contiene en la Ley 23 de julio 1908 al momento actual, puesta en relación con la Ley de Consumidores y Usuarios de 19 de julio 1984 y la reciente Ley 23 marzo 1995 de crédito al consumo, que aún no siendo aplicable al presente caso, revela el espíritu y finalidad con que ha de interpretarse en la actualidad la Ley de Azcárate sobre usura (artículo 3 del Código Civil), es posible concluir que el contrato de préstamo suscrito el 14 de julio de 1992 entre la entidad demandante y la demandada para la adquisición de bienes de consumo y en el que se estipuló un interés nominal anual del 30,73% es usurario en lo que exceda del interés medio del dinero que en la época de su contratación regía en el mercado financiero.*

Ya la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de Enero de 1993 señalaba que la doctrina jurisprudencial viene reiterando el criterio de que para la apreciación de la usura sancionada en la citada Ley, deben valorar discrecionalmente los Tribunales las diversas circunstancias concurrentes en cada caso objeto de estudio, sin sujeción a reglas taxativas (SSTS 25-4-1989; 7-11-1990 y 18 febrero y 27 mayo 1991, entre otras muchas).

El Tribunal Supremo en recientes sentencias no ha reputado como usurarios los tipos de interés anual del 19,50% (SS 7-11-

1990 y 18-2-1991) ni el del 21,25% (S. 8-7-1988) ni tampoco el del 24% anual, cuando el préstamo se destina a operaciones comerciales susceptibles de producir altos beneficios (S. 13-5-1991).

Ahora bien, se mantiene que cuestión distinta es la de la posible infracción de la LGCU a cuya normativa está sometido el contrato de financiación del caso enjuiciado y por ello resuelve en la cita sentencia que es también de obligada observancia la norma del art. 10-1-c 3º y 4º, en relación con el ap. 4 del propio precepto, *que proscribe las condiciones abusivas del crédito sancionándolas con la nulidad de la cláusula correspondiente*. La estipulación de un interés moratorio de 2% mensual infringe claramente las normas de la Ley General Protectora de los Consumidores y Usuarios en un doble aspecto: a) En primer lugar, porque no se informa al cliente que dicho porcentaje equivale a un interés anual efectivo del 26,824%, extremo cuyo conocimiento sólo está al alcance de personas expertas en Matemática Financiera y b) Porque tal tipo de interés debe reputarse abusivo y totalmente desproporcionado en relación con el compensatorio pactado para el aplazamiento ordinario.

2) *Descubiertos en contratos de cuenta corriente*

Otros supuestos de posibles cláusulas abusivas en los contratos crediticios hacen referencia a la cláusula sobre intereses de descubiertos en el contrato de cuenta corriente bancaria: Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de Marzo de 1996, Audiencia Provincial de Baleares de 17 de Octubre de 1994, determinando la improcedencia de la nulidad de las cláusulas y por consiguiente su calificación de abusivas, cuando el Banco o Caja de Ahorros o Entidad de crédito cumplen con la normativa del Banco de España, ya reseñada y la cláusula es aceptada por el cuentacorrentista.

El Banco de España ha realizado un Texto Refundido con la normativa relativa a la transparencia de las operaciones y protección de la clientela de las Entidades de crédito.

3) Otros supuestos: *Comisiones por amortizaciones anticipadas* (Sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel de 26 de Abril de 1996, Audiencia Provincial de Pontevedra de 12 de Abril de 1996, Audiencia Provincial de Baleares de 23 de Enero de 1995, Audiencia Provincial de La Coruña de 11 de Abril de 1994 y Audiencia Provincial de Oviedo de 20 de Marzo de 1993); *Emisión de pagarés por el prestatario como garantía de un contrato de préstamo* (Sentencias Audiencia Provincial de Cantarina de 20 de Febrero de 1996, Audiencia Provincial de León, anteriormente comentada de 7 de Diciembre de 1994, Audiencia Provincial de Valladolid de 2 de Junio de 1994....); *Cláusulas abusivas en relación a la aplicación de intereses remuneratorios y moratorios modificadas por vía de moderación de la cláusula penal* (Sentencia Audiencia Provincial de Málaga de 4 de Diciembre de 1995....).

Por su interés práctico, señalar finalmente que la Dirección General de los Registros y del Notariado a través de las Resoluciones de 16 de Marzo de 1990, 13 de Noviembre de 1990, 14 de Enero de 1991 y 24 de Abril de 1992, ha entrado a conocer sobre la validez de las cláusulas de intereses variables, por estimar diferentes Registradores de la Propiedad que se trata de una cláusula abusiva con arreglo al art. 10 de la LGCU habiendo resuelto la Resolución de 24 de Abril de 1992 que hay que admitir la hipoteca en garantía de intereses variables, siempre que tales intereses puedan ser determinados en su día por un factor objetivo y se señale el límite máximo de responsabilidad hipotecaria y sin que pueda esa cláusula ser tachada de nulidad ipso iure como indica la Resolución de 16 de Marzo de 1990, sin invocar otro motivo que el de ser cláusula de variación de intereses en la contratación con el público y además una protección que excluyera la posibilidad de intereses variables, se traduciría inmediatamente, en la práctica, en la exclusión del consumidor en las ventajas de crédito a largo plazo.

El número 5 que establece la cláusula abusiva de diferentes incrementos de precio salvo que sean susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida clari-

dad y separación, es objeto de particular atención en cuanto a las cláusulas penales en el art. 21 del ALGC cuando expresa que las cláusulas de condiciones generales no podrán establecer la obligación a cargo del adherente de satisfacer al predisponente en los casos de incumplimiento, resolución o desistimiento una cantidad que exceda sustancialmente de los daños y perjuicios que previsiblemente puedan ocasionarse.

La Directiva de 1993 establece que es cláusula abusiva imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones indemnizaciones desproporcionadamente altas.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén no considera de aplicación el art. 10, c 5º de la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al pacto de interés, pues aunque esta cláusula constituya un incremento respecto al principal e intereses pactados no se considera contraria a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones.

Ese pacto es perfectamente admitido en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ya que se basa en el art. 1109 del Código Civil, «a contrario sensu». Ese pacto es correcto conforme al principio de autonomía de la voluntad, siempre que además no sea contrario ni al orden público ni a la moral ni esté prohibido por la Ley. Es más, incluso, es uso mercantil consolidado el que en los préstamos bancarios estipulen las partes que los intereses vencidos y no satisfechos se capitalicen para, en unión del capital, seguir produciendo intereses (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1994, 21 de octubre 1911 y 25 mayo 1945).

Es particularmente interesante con respecto al incremento de precio por financiación o aplazamiento de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de Septiembre de 1988 que confirmó la calificación del Registrador como abusiva una cláusula referida a fijar el interés variable por el propio Banco, aunque con carácter preferencial por ir en contra el art. 10 nº 5 apdo c) de la LGCU y del art. 1256 del C. Civil al dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio unilateral de una sola de las partes, en concreto la Entidad Bancaria.

El número 6 es particularmente importante porque se trata de las cláusulas relativas a las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y que también tiene prevista su regulación el art. 17 del ALCG que señala:

«Las cláusulas de condiciones generales no podrán excluir o limitar la responsabilidad del predisponente por dolo o culpa grave, propios o de sus auxiliares, agentes o mandatarios, en el cumplimiento.

En ningún caso se admitirán cláusulas que, directa o indirectamente, limiten la responsabilidad por daños causados por la muerte o por lesiones a la integridad moral o física y a la salud de las personas.

Tampoco podrá el predisponente reservarse por medio de cláusulas de condiciones generales la facultad de liberarse de su responsabilidad mediante la cesión del contrato o de la deuda a un tercero que no se halle expresamente designado en el contrato».

Este es un tipo de cláusula que está generalizándose en el campo de la responsabilidad profesional.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1992 referida a cláusulas contractuales que limitan la responsabilidad del constructor exclusivamente a vicios o defectos ocultos de las viviendas declara su nulidad, argumentando que pretender la validez de la estipulación que limita la cobertura de los derechos de los compradores es hacer posible la renuncia de la acción por dolo del art. 1102 del Código Civil, impedir que la negligencia sea exigida en toda clase de obligaciones, según el art. 1103 del mismo cuerpo legal y dejarles absolutamente indefensos, lo que impide incluso la Ley de los Consumidores.

Este tipo de cláusulas están específicamente prohibidas en la Directiva Europea de 25 de Julio de 1985 sobre responsabilidad civil de los daños ocasionados por productos defectuosos y en concreto en el art. 14 de la Ley sobre productos defectuosos de 6 de Julio de 1994, así como en las diferentes Propuestas, Proyectos y Anteproyectos que sobre responsabilidad civil o Leyes de Edificación se están elaborando por la Unión Europea y por el

legislador español, considerando nulos de pleno derecho todo pacto de exclusión, limitación o traslación de responsabilidades.

Precisamente el anexo de la Directiva Europea de cláusulas abusivas de 5 de Abril de 1993 recoge como los dos primeros supuestos enumerados los relativos a las cláusulas limitativas de la responsabilidad: «excluir o limitar de forma inadecuada 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 la obligaciones contractuales por el profesional incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último».

En cualquier caso, entiendo correcta y acertada la opinión de DIAZ ALABART¹⁸ que la interpretación adecuada de la norma en este punto hay que realizarla sistemáticamente a la luz de los arts. 25 y ss. de la propia Ley para evitar interpretaciones que dieran lugar a posibles pactos de limitación parcial de la responsabilidad, dado que el art. 10 tan solo se refiere a limitaciones absolutas.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de Diciembre de 1994 determina la nulidad de una cláusula por abusiva al entender en el fundamento de derecho tercero que «no cabe admitir, como se hace en la sentencia de instancia, la exoneración de la responsabilidad de la entidad demandada a virtud de la cláusula 17 en relación con la 5 del contrato, pues, sin perjuicio de constatar que la responsabilidad del demandado no nace del hecho del robo o hurto de la libreta de ahorros, pues este hecho por sí solo no hubiera desencadenado los efectos producidos si la referida entidad hubiera cumplido su anexa obligación de identificar al titular de la libreta, lo cierto es que dicha cláusula exoneratoria es inoperante, ya que tratándose de un contrato de adhesión el de autos, sus condiciones generales caen bajo la normativa de la Ley de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, al tratarse el actor de un consumidor final, y en concre-

¹⁸ Ob. cit. «Comentarios....», pág. 290.

to incurre en la nulidad prevista en el art. 10.4 de la citada Ley, en relación con lo establecido en el ap. 6 de la letra c) del núm. 1 de dicho precepto, que establece la exclusión de aquellas cláusulas que contengan «limitaciones absolutas de responsabilidad frente a consumidor o usuario».

En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 13 de Noviembre de 1995 que declaró la nulidad de la misma si bien la parte recurrente había solicitado la nulidad total del contrato no habiendo base fáctica para ello.

El número 7 menciona la repercusión de fallos, defectos y errores al consumidor y el coste de servicios gratuitos, supuestos de cláusulas abusivas a las que me he referido ya en la fase de promoción del contrato y en el análisis de las condiciones abusivas de crédito, si bien añadir que el Tribunal Supremo tiene a este respecto muy en cuenta no solo la diligencia del empresario sino también la del usuario o consumidor según se desprende de las Sentencias de 28 de Febrero de 1990 y 15 de Junio de 1989 en la que en la primera se condena y en la segunda se absuelve al empresario, en función precisamente de la diligencia imputable.

El número 8 recoge el supuesto de que no puede pactarse la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario, hipótesis esta que se contempla también en la Directiva Europea de 1993, en el ALCG en su art. 24 y en la diferente normativa reguladora de la responsabilidad civil por productos, servicios, etc... a la que hemos hecho referencia, puesto que este es precisamente un logro de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la evolución del sistema de responsabilidad civil, desde la responsabilidad subjetiva a la objetiva como punto intermedio entre ambas, al objeto de lograr un equilibrio entre las partes y con la finalidad de determinar una posible y justa indemnización de daños y perjuicios.

El número 9 y el número 10 son supuestos obvios de cláusulas abusivas que prácticamente no necesitan de valoración judicial porque dejarían la legislación especial protectora sin efectos prácticos teniendo en cuenta además, el art. 2 nº 3 de a propia Ley que declara que esta Ley reconoce a los consumidores y

usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios es nula. Por otro lado es clara también la anulación de los efectos prácticos de la LGCU si el empresario solo se responsabiliza del cumplimiento de sus obligaciones, tras el correspondiente procedimiento.

Es necesario por último hacer una referencia a aquellas cláusulas que como puso de manifiesto no se contemplan en la enumeración particularizada del art. 10 n° 3 apdo. c), pero son subsumibles en la cláusula general y que han sido objeto de atención por arte del Tribunal Supremo y se establecen también en el ALCG, concretamente la relativa a sumisión expresa de jurisdicción que en dicho Anteproyecto se contempla de la siguiente manera: «las cláusulas de condiciones generales no podrán contener el pacto de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del adherente.

Sin embargo, el Tribunal Supremo venía manteniendo la validez para determinados contratos de este tipo de cláusulas de forma reiterada en las Sentencias, entre otras, de 31 de Mayo de 1991 y 18 de Junio y 22 de Julio de 1992, cuya doctrina podemos determinar por el fundamento primero de la Sentencia de 18 de Junio de 1992, referente a una acción que deriva de un contrato de mantenimiento de ascensores en el que una de sus cláusulas contiene la explícita sumisión expresa de las partes contratantes y la expresa renuncia al propio fuero para resolver las cuestiones litigiosas derivadas del contrato.

Precisando aún más tanto la Sentencia de 22 de Julio de 1992 como la de 31 de Mayo de 1991 establecen que la Ley de los Consumidores y Usuarios en su artículo 10 suministra criterios para sancionar con nulidad las cláusulas contractuales que supongan gravísima alteración de los principios de igualdad y equivalencia. Tal examen y sanción suponen pronunciamiento de fondo después de haber ponderado las obligaciones que asumieron los contratantes en función de su situación, cuantía de los intereses en juego, posibilidad de actuación, diseño perfecto o menos perfecto de la bilateralidad, desplazamiento de la onerosidad a una sola de las partes, buena fe, etc... Todo ello, tras el debate y previa prueba. Dicho de otro modo la contratación por

adhesión no es, por sí misma, una fuente automática de nulidades y su apreciación es en el fondo, no en el juicio de competencia que, forzosamente, debe ser previo y relativamente superficial.

En contra de lo anterior y manteniendo la nulidad de este tipo de cláusulas por abusivas, se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de Julio de 1993. Sin embargo la Sentencia de 18 de Diciembre de 1995 sostiene que la nulidad de este tipo de cláusulas no es automática.

La apreciación de la nulidad de la cláusula de sumisión puede adelantarse, cuando un precepto legal la ampare, como el art. 4 de la Ley de Crédito al Consumo de 1993 ya expuesto, cuando sea manifiestamente contraria al precepto imperativo, o entre en conflicto flagrante con los parámetros del artículo 6 del Código Civil, o cuando no reúna las condiciones que el artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Jurisprudencia que lo interpreta, exigen para la perfección y eficacia de la cláusula de prorrogación.

En todo caso, en el análisis particularizado de las cláusulas contractuales abusivas analizadas habrá que estar al caso concreto, teniendo en cuenta las dificultades que entraña la jungla legislativa por la variedad territorial de España y su posible incidencia abusiva en los usuarios y consumidores.

2) CONTROL JUDICIAL Y ARBITRAL

Como ya he indicado en otro trabajo el control judicial de las cláusulas contractuales abusivas se produce siempre cuando se inicia un procedimiento para la aplicación e interpretación de la norma con arreglo al caso concreto, lo cual se traduce en un control judicial a través del control de la legalidad, control que es diferente del control legal y que puede resumirse en la fórmula o frase descriptiva en la que ALBALADEJO¹⁹ plantea al afirmar que «la Ley reina y la Jurisprudencia gobierna».

¹⁹ FDEZ COSTALES, J. ob. cit. «*El control...*», págs. 51 y ss.

No existe un control judicial preventivo que establecería un poder de homologación a priori de las cláusulas contractuales de carácter general ya que la función del Poder Judicial con arreglo al art. 117 n° 3 de la Constitución Española y el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se atribuye al órgano u órganos jurisdiccionales la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado²⁰.

De ahí con arreglo a la legislación especial de España, protectora de los consumidores y usuarios, su labor se centra en la interpretación de las normas en las distintas fases de promoción, perfección y ejecución del contrato respectivo y muy particularmente en el control a través de los requisitos de interpretación y fundamentalmente a través del control del contenido de las cláusulas contractuales con arreglo a la cláusula general que establece el art.10 n° 3 apdo. c) de la LGCU en el sentido de que las cláusulas contractuales generales deberán cumplir los requisitos de la buena fe y justo equilibrio de las Contraprestaciones, lo que como ya expuse en su momento, otorga al Poder Judicial un control y enjuiciamiento amplísimo a la hora o momento de analizar si una cláusula contractual es abusiva o no, o en todo caso como señala la Exposición de Motivos del ALCG, si el contenido de la misma está o no debidamente justificado con arreglo a los principios dispositivos del ordenamiento jurídico español.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 23 de Junio de 1994, aborda precisamente en el fundamento tercero que las cláusulas contractuales de carácter general surgidas al amparo del principio de libertad contractual, plantean graves problemas en relación con la protección y defensa de aquella parte que no ha participado o incluso desconoce el contenido contractual. Para su control es preciso: 1º) examinar si las condiciones generales han llegado a formar parte del contenido contractual porque son concretas, claras, sencillas en su redacción, comprensibles, etc... y 2º) examinar si, aún formando parte de este contenido, se trata de cláusulas abusivas y, por tanto, ineficaces.

²⁰ O'CALLGHAN, Ob. cit. «Conceptos básicos...», págs. 6 y 7.

El control judicial, a través del enjuiciamiento no de la cláusula general, sino de las cláusulas particulares podría dar a entender que es más limitado, puesto que algún autor entiende que la lista de cláusulas es una lista denominada negra, sin posibilidad de valoración por parte del Juez, pero a mi juicio se trata de lo que se denomina lista gris, puesto que es claro que en España el Juez o Tribunal puede entrar en la valoración de las cláusulas abusivas, ya que, aunque esté mal colocada y sea repetitiva la fórmula o hipótesis redactada en el n° 3 apdo. c) del art. 10, cuando el legislador conceptúa las cláusulas abusivas, utiliza una redacción amplia al decir que se entiende 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 usuarios²¹.

Asimismo el poder jurisdiccional puede ejercer un control muy amplio de las cláusulas abusivas a través del control interpretativo que suministra la LGCU en el art. 10 n° 2 párrafo segundo que expuse en su momento, pero que muchas Sentencias del Tribunal Supremo, con anterioridad a la publicación de esta Ley especial venía efectuando, haciendo aplicación del art. 1288 del Código Civil español, pues la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

Es de señalar también que el control judicial, puede convertirse en un control arbitral, cuando las partes pacten en las correspondientes condiciones generales un arbitraje normal o un arbitraje especial de consumo que se establece en el art. 31 de la LGCU, tal y como ha establecido la Ley de Arbitraje de 5 de Diciembre de 1988 que ha añadido un párrafo en este sentido al art. 10 n° 1 de la LGCU. El arbitraje normal se regirá por esta Ley de Arbitraje y el arbitraje especial de consumo por el real Decreto de 3 de mayo de 1993 que regula el sistema arbitral de consumo²².

²¹ Ob. cit. «Protección...», págs. 62 y 63.

El ALCG establece al respecto de las cláusulas de arbitraje en el artículo 22 que el convenio arbitral podrá establecerse por medio de cláusulas de condiciones generales, pero estas en ningún caso podrán disponer acerca de la designación de árbitros, que se efectuará, una vez surgida la cuestión disputada, de conformidad a lo previsto en la Ley de Arbitraje, y que esta prohibición se extiende a la previsión de cualquier tipo de arbitrajes, salvo los contemplados en el artículo 31 de la Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La Directiva de 1993 determina la nulidad de cláusulas de arbitraje cuando están cubiertas por las disposiciones jurídicas.

3. OTROS CONTROLES

El control administrativo, a diferencia del control judicial, tiene una transcendencia especial porque se efectúa por parte del Poder Ejecutivo con carácter preventivo, es decir, que su actuación es a priori y no a posteriori como ocurre con la interpretación y aplicación de la norma por parte del Poder Judicial.

Por otro lado, su alcance es limitado ya que se refiere solo a determinados contratos, como son los contratos de seguro, los contratos de servicios públicos y otros que son objeto de regulación específica por la Ley.

Es necesario tener en cuenta a este respecto que la LGCU en el art. 10 nº 3 establece que: «las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, utilicen las Empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio, estarán sometidas a la aprobación y a la vigilancia y control de las Administraciones Públicas competentes, con independencia de la consulta prevista en el artículo 22 de esta Ley. Todo ello,

²² Véase DIAZ ALABART: «Arbitraje especial de consumo» en R.C.E.A. 1990, pág. 25 y «La cláusula de arbitraje en los contratos de adhesión» en Actualidad Civil 1992, pág. 377 y FDEZ. COSTALES: «El sistema arbitral de consumo», León 1997.

sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de la Ley.

En cuanto al control mixto quiero hacer referencia a aquél control que exige un previo pronunciamiento o resolución judicial y una vez producida esta se produce también una actuación administrativa posterior con base en aquella, de ahí su calificación como control mixto, es decir, judicial y administrativo.

En efecto, el art. 3 apdo. 3 de la Ley del Contrato de Seguro de 8 de Octubre de 1980 determina que «declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas».

Finalmente, y como indiqué en las consideraciones previas de este Capítulo III, además del control de las cláusulas contractuales abusivas que pueden ejercitar los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo son perjuicio del control mixto por los diferentes poderes del estado, también pueden existir controles realizados por órganos e instituciones investidas legalmente con competencias al efecto.

Esta posibilidad de control de las cláusulas abusivas por otras instituciones se contemplan en el art. 20 de la LGCU ya que prevé que las asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones y tendrán como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados; podrán ser declaradas de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones de idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y *ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos*, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere.

V. INEFICACIA DE LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES ABUSIVAS

Las consecuencias de calificación como abusiva de una cláusula contractual, como cierre del ciclo de control, se determinan en el art. 10 n° 4 de la LGCU en su párrafo primero:

«Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos».

Esta consecuencia, integrada por la nulidad parcial del contrato con respecto a la cláusula o cláusulas abusivas es aceptada como correcta por la generalidad de la doctrina, pues el contrato sigue siendo válido a excepción de la cláusula o cláusulas consideradas abusivas, y se evita de esta manera que el predisponente no cumpla lo que le corresponde, privando del producto o del servicio al adherente, si éste impugnara la validez de las citadas cláusulas.

Sin embargo el párrafo segundo del mismo precepto y número, establece la posibilidad de que ocurra la nulidad total del contrato, hipótesis legal que en este caso es criticada por la generalidad de la doctrina.

«No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo».

Como indica CLAVERIA²³, este texto, que no debería haberse incluido en la Ley, puede convertir a esta en parte en papel mojado, inutilizando el párrafo 1° antes comentado y haciendo ilusoria la protección conferida al consumidor, puesto que los asesores del empresario predisponente pueden de hecho, disponer el clausulado contractual en el formulario de modo tal que, suprimidas las cláusulas abusivas ex art. 10, n° 1 las que queden subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes contra dicho predisponente, provocándose la

²³ Ob. cit. «*El Control de las Condiciones...*», págs. 1016 y 1017.

aplicabilidad de este párrafo 2º del núm. 4 del art. 10: el predisponente entonces provocará, si quiere, la situación-tipo que la Ley en cuestión pretendía evitar, esto es, que el consumidor tenga que elegir entre soportar las cláusulas lesivas o impugnarlas provocando la ineficacia total del contrato y la consiguiente pérdida del bien o servicio, y en consecuencia, afirma el citado autor, que lo que parecía un modo más de proteger al adherente se vuelve agresivamente contra él.

El problema es grave y puede poner en peligro la finalidad misma de la Ley, por lo que BERCOVITZ²⁴ entiende que la disposición no responde al fin de protección del consumidor que persigue la Ley y que el trato es excesivamente benévolo para un empresario que ha tratado de abusar del consumidor, en primer lugar por no prever la posibilidad de modificar el contrato mediante la integración del mismo con cláusulas sustitutorias de las ineficaces cuando la nulidad parcial no sea adecuada y en segundo lugar, porque la referencia no debería ser a una situación no equitativa, sino a una situación que supusiera un sacrificio difícilmente soportable o excesivamente oneroso para el empresario.

En cuanto a la primera crítica es muy interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Noviembre de 1965 que hace prevalecer las cláusulas que mejor definen la posición jurídica de las partes y el alcance del contrato, buscando siempre la interpretación sistemática integradora.

En todo caso, la adecuada integración del contrato, afirma GOMEZ LAPLAZA²⁵ puede contribuir a alejar el peligro de aplicación de esta norma, pero nos recuerda que no hay que olvidar la doctrina del Tribunal Supremo que en la Sentencia de 23 de Noviembre de 1988 considera que la posibilidad de ampliar o modificar al amparo del art. 1258 lo estrictamente convenido ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación, es decir que no resolverá todos los problemas que puedan plantearse. Por ello, estima la citada autora que quizás haya de irse pensando en

²⁴ Ob. cit. «*La defensa...*», págs. 180 y ss.

²⁵ «*Ineficacia de las condiciones generales abusivas*», pág. 100.

ampliar la vía hacia el reconocimiento legislativo de una facultad de revisión o de modificación judicial de los contratos para lograr el reajuste y compensar el desequilibrio de las prestaciones, porque la protección del consumidor no aconseja el recurso de nulidad del contrato sino conservarlo pero adaptado a las exigencias de justicia y equidad y eso no siempre será posible sin el recurso a esa facultad judicial.

Por lo que se refiere a la segunda crítica es particularmente interesante el Asunto 11/1970 del Tribunal de las Comunidades Europeas, al referirse a propósito de los contratos al concepto de sacrificios excesivos como supuestos de posible incumplimiento contractual²⁶.

El art. 26 del ALCG, pretende regular los efectos de la nulidad desde una plataforma integradora pero con posibilidad también de nulidad total de contrato.

«La no incorporación al contrato de las cláusulas de condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la nulidad total del contrato».

La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil.

No obstante lo dispuesto en el apartado primero, procederá la nulidad total del contrato cuando la integración realizada conforme a lo previsto en el apartado anterior conduzca a resultados que difieren sustancialmente de los que se representaron las partes en el momento de celebra el contrato.

VI. CONCLUSION

En mi trabajo sobre la «Seguridad Jurídica y Fe Pública, tuve ocasión de poner de relieve que la seguridad jurídica, en su conjunto, representa un concepto complejo elevado al rango de ga-

²⁶ FDEZ. COSTALES: «La Jurisprudencia comunitaria en el ámbito del Derecho Privado General». Revista Noticias C.E.E. 1986, pág. 187.

rantía jurídica constitucional como principio de derecho y cuyo análisis admite variados enfoques y perspectivas científicas tanto jurídicas como filosóficas²⁷.

Aún más, la seguridad jurídica es un valor que trasciende del mundo del derecho y de la filosofía y que interesa a la sociología y a la economía, en cuanto alcanza a una realidad político-social, al ser un principio asegurador de la convivencia pacífica de los ciudadanos.

De ahí que junto a la idea clásica de seguridad jurídica, elaborada desde el Derecho privado y completada más tarde desde el Derecho público, surge una noción de seguridad jurídica como protección del usuario y del consumidor, ante necesidades de la acción promocional del Estado Social y democrático de Derecho, constituyendo el control de las cláusulas contractuales abusivas, un aspecto fundamental de dicha protección y defensa.

La Seguridad jurídica desde esta perspectiva, tiene una trascendencia social sin precedentes y su análisis es tan necesario que no admite ningún género de dudas, teniendo en cuenta la extraordinaria sensibilidad de la opinión pública frente a situaciones de actualidad permanente, que generan un altísimo índice de litigiosidad en los Tribunales de Justicia, ante la preocupación del ciudadano por la seguridad del tráfico en general con intercambio social de bienes y servicios, particularmente frente a fraudes de todo tipo y en especial los abusos inmobiliarios, los abusos médicos y hospitalarios, los abusos bancarios, etc....

Todo ello con la finalidad de lograr una seguridad para el consumidor o usuario y también para el profesional del suministro de bienes y de servicios, evitando su vulnerabilidad personal o patrimonial.

²⁷ «Seguridad Jurídica y contratación mercantil». Cursos Verano de El Escorial. Universidad Complutense y Colegio de Corredores de Comercio. Madrid 1994.