

LA CLÁUSULA –HORA «O FRACCIÓN»– EN EL CÁLCULO DEL PRECIO DEL APARCAMIENTO

BETLEM ROIG MATEO
Licenciada en Derecho

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, don Luis BARDAJÍ MUÑOZ, don Casto PÁRAMO DE SANTIAGO, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE y don Antonio TAPIA HERMIDA.

Extracto:

BAJO la rúbrica «La cláusula –hora «o fracción»– en el cálculo del precio del aparcamiento» se recogen algunos de los particulares de la que viene a constituir una de las disposiciones legales más reclamadas en nuestro ordenamiento jurídico, dedicada a la tutela de los derechos de consumidores y usuarios en el ámbito de la contratación, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, que excluye, entre otras recurridas prácticas, el redondeo al alza. Figura esta que, refugiada al socaire de cláusulas como la citada –hora «o fracción»–, no suponen sino una flagrante lesión de los derechos de los consumidores y usuarios y, lo que es peor, una práctica rechazada por todos pero tolerada finalmente.

Por la particularidad del que resulta ser el origen inmediato de dicha disposición legal, concretamente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2004 dictada con ocasión de un recurso de incumplimiento derivado de la falta de trasposición de la Directiva 93/13/CEE, se ha hecho necesario abordar, aunque someramente, algunas cuestiones de derecho comunitario.

Pero también, lógicamente por tratarse de una cláusula contractual, se presta especial atención a dos modalidades contractuales íntimamente relacionadas como son los contratos de aparcamiento y de garaje, contratos en definitiva sobre los que se vertebra la cuestión capital que es el papel de la cláusula objeto de trato en el contrato de aparcamiento. Todo ello examinado desde la perspectiva legislativa y sobre todo desde los pronunciamientos tanto de los Tribunales españoles como de los comunitarios e incorporando, cómo no, algunas pinceladas de nuestra doctrina más destacable.

Palabras clave: contrato de aparcamiento, precio, cláusula hora.

Sumario

1. Consideraciones previas.
2. Sucinta referencia al derecho comunitario.
3. La Sentencia del TJCE de 9 de septiembre de 2004. Análisis de los artículos 5 y 6.2 de la Directiva 93/13/CEE.
4. La consecuencia: la Ley 44/2006 de Mejora para la Protección de Consumidores y Usuarios. Aspectos fundamentales.
5. El contrato de aparcamiento. La cláusula –hora «o fracción»– en el cálculo del precio del aparcamiento de vehículos. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 565/2005, de 8 de septiembre.
 - 5.1. Los contratos de garaje y de aparcamiento. Los contratos atípicos. El contrato mixto.
 - 5.2. La cláusula –hora «o fracción»– en el cálculo del precio del contrato de aparcamiento.
6. Reflexiones finales.
7. Índice bibliográfico.
8. Lista cronológica de las sentencias citadas.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En las siguientes páginas va a procederse al comentario y análisis de una de las materias característicamente propias de la contratación, esto es, la protección que se dispensa a los consumidores y usuarios. Bien es cierto, que dicha materia va a delimitarse fijando especial interés en lo atinente a una de las cláusulas o si se prefiere, condiciones generales de la contratación, usada con mayor frecuencia pese a vulnerar, no solo preceptos de nuestra legislación, sino suponiendo también, una clara infracción de las normas comunitarias.

La promulgación de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, constituye el punto y final a esta situación de desprotección de los consumidores y usuarios en ciertos ámbitos, siendo uno de ellos, el contrato de aparcamiento. Ello no obstante, la ley establece un régimen transitorio por lo que a su entrada en vigor respecta, lo que obligará a los consumidores y usuarios a esperar la preclusión de estos plazos transitorios ¹.

¹ Ley 44/2006, de 29 de diciembre, disposición transitoria 1.ª: «Régimen transitorio en materia de contratos celebrados con los consumidores: Los contratos con los consumidores deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta ley, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor. Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho». Disposición transitoria 2.ª: «Régimen transitorio en materia de aparcamientos. 1. Las nuevas obligaciones impuestas por el artículo 3 de esta ley no serán exigibles a los titulares de los aparcamientos hasta transcurridos cinco meses desde su entrada en vigor. A los aparcamientos que operen en régimen de concesión administrativa, las obligaciones impuestas en el artículo 1.2 de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, no les serán exigibles hasta transcurridos ocho meses desde la entrada en vigor de esta ley. 2. A los titulares de los aparcamientos dependientes o accesorios de otras instalaciones no les serán exigibles las obligaciones establecidas en el artículo 3.1 b) de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del Contrato de Aparcamiento de Vehículos, hasta transcurridos ocho meses desde su entrada en vigor». Disposición transitoria 3.ª: «Régimen transitorio en materia de asociaciones de consumidores y usuarios: 1. Las obligaciones previstas en el artículo 21 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios son exigibles desde la entrada en vigor de esta Ley. No obstante lo previsto en el párrafo precedente, los convenios o acuerdos de colaboración que se hubieran suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley y estuvieran vigentes en dicha fecha, deberán depositarse en el Instituto Nacional del Consumo en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta ley. 2. En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley las asociaciones de consumidores y usuarios deberán adaptarse a lo dispuesto en ella». Disposición transitoria 4.ª: «Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores: Sin perjuicio de la regulación que reglamentariamente se establezca del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores, este adaptará su funcionamiento a lo previsto en esta ley en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor».

Sin duda no es esta una materia baladí puesto que han sido muchos los esfuerzos legislativos para tratar de dispensar a los consumidores y usuarios la tutela de la que son merecedores en el ámbito de la contratación.

Efectivamente, desde el 19 de julio de 1984 el ordenamiento jurídico español se ha ido provisionando, en favor de los derechos de los consumidores y usuarios, de un elenco de medidas legislativas que tratan y consiguen dispensar la protección necesaria aunque a veces no suficiente para los que ocupan, en el ámbito de la contratación de prestación de servicios y adquisición de bienes y productos, la que resulta ser la posición más desfavorable.

Hitos legislativos los constituyen sin duda la que es la primera referencia de esta protección, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) a la que sigue la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) junto a otras disposiciones legales que abundan en este terreno tales como la Ley 39/2002 de Transposición al Ordenamiento Jurídico Español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los Consumidores y Usuarios y la reciente y objeto central de este estudio, Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios.

Como acertadamente reconoce la exposición de motivos de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, esta asume como cometido principal, la introducción en nuestro cuerpo legislativo, de una serie de medidas que el legislador olvidó cuando procedió a trasponer al ordenamiento patrio el contenido de la importante Directiva 93/13/CEE.

Cierto es que la Ley 7/1998, de 13 de abril, tenía como misión principal introducir en el ordenamiento español la citada Directiva, hecho que supuso entre otras consecuencias necesarias, la modificación de la LGDCU, pero como ha reconocido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en Sentencia de 9 de septiembre de 2004², los trabajos legislativos llevados a cabo por el legislador español no fueron suficientes.

Todo ello obliga a analizar pormenorizadamente dicha resolución por constituir la antesala de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, eje central de este estudio. Un análisis que sin duda exige como *prius* aclaratorio ciertas referencias al derecho comunitario y que proceden a continuación.

2. SUCINTA REFERENCIA AL DERECHO COMUNITARIO

La existencia de un supraordenamiento como es el comunitario, obliga a no pasar por alto las consecuencias derivadas de las relaciones interordinamentales, esto es, las que se dan entre los ordenamientos internos de los Estados miembros y el ordenamiento comunitario.

² Recurso de incumplimiento. Asunto C-70/2003.

Dichas relaciones suponen para ambos ordenamientos, a la par que restricciones, ciertas concesiones, pero en esta ecuación entre ordenamiento interno y ordenamiento comunitario, este asume, como consecuencia del principio de primacía, una posición sin duda preferente.

El derecho comunitario tiene como presupuesto la cesión institucional e irreversible por parte de los Estados miembros de determinadas parcelas de su soberanía a la entidad supranacional que es la Comunidad Europea.

De este principio se derivan tres consecuencias fundamentales que son:

- Que el derecho comunitario es de aplicación directa y uniforme en cada Estado miembro. Esto se traduce en consecuencias como el hecho de que el Juez nacional está obligado a dictar medidas de tutela para garantizar su eficacia en los casos concretos sobre los que debe decidir, obligación que se impone a las propias prohibiciones o excepciones de tales medidas que pueda establecer su derecho nacional ³.
- Que se trata de un derecho capaz de generar directamente derechos y obligaciones para los ciudadanos.
- Que el derecho comunitario es un derecho que prevalece sobre el derecho interno de cada Estado miembro, de suerte que, cuando una determinada cuestión cae dentro del ámbito del derecho comunitario, esta no puede ser ya regulada ni por el derecho interno de los Estados miembros ni siquiera por un acuerdo interestatal de los Estados miembros (en tanto que acuerdo internacional ordinario y no acuerdo comunitario logrado con arreglo a la normativa comunitaria).

Del principio de primacía se deriva, también, la necesidad de adaptar el derecho nacional al comunitario y ello se lleva a cabo en virtud de las normas internas de cada país. Cada sistema constitucional establece sus reglas y mecanismos a efectos de lograr dicha adaptación.

El derecho comunitario puede, además, derogar las normas anteriores, vigentes en un Estado miembro y que se opongan a él. Ello, lógicamente, deberá ser apreciado por el Juez ordinario de cada Estado miembro que, dentro del marco de su competencia, tiene obligación de asegurar la primacía del derecho comunitario sobre las disposiciones contrarias de su legislación nacional.

Sobre el rango normativo del derecho comunitario en nuestro ordenamiento interno, el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala 3.^a de 24 de abril de 1990, ha declarado lo siguiente: «*Los regla-*

³ En este sentido, el Tribunal de Justicia en una Sentencia de 19 de junio de 1990 (Asunto Factortame) ha declarado que: «*La plena eficacia del Derecho Comunitario se encontraría completamente disminuida si una regla de Derecho nacional pudiese impedir al juez que conoce de un litigio regido por el Derecho Comunitario acordar las medidas cautelares que pretendan garantizar la plena eficacia de la decisión jurisdiccional que debe decidir sobre la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho Comunitario. De ello resulta que si el juez, dadas las circunstancias, no pudiera acordar estas medidas cautelares por enfrentarse con ello a una regla de Derecho nacional, estará obligado a excluir la aplicación de dicha regla*».

mentos y directivas comunitarias tienen valor de leyes marco cuya primacía sobre las normas internas y efecto directo en su caso, no podrán ser discutidos desde el momento de la adhesión a los tratados fundacionales. Las normas anteriores que se opongan al Derecho comunitario deberán entenderse derogadas y las posteriores contrarias habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia (arts. 93 y 96.1 CE), pero no será exigible que el Juez ordinario plantee la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE) para dejar inaplicada la norma estatal, porque está vinculado por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que tiene establecido el principio "pro comunitate"».

No obstante lo dicho hasta ahora, las relaciones interordinamentales se vertebran sobre la base de cuatro principios generales:

1. *Sustitución*: que implica la transferencia de competencias estatales a la Comunidad Europea por lo que los Estados miembros carecen de título para su ejercicio (por ejemplo, arancel exterior común).
2. *Armonización*: que supone que el derecho nacional continúa subsistente pero privado de la posibilidad de determinar por sí mismo sus objetivos, de manera que debe evolucionar en función de las exigencias comunitarias resultando no un derecho uniforme sino unos derechos nacionales homogéneos y coherentes.
3. *Coordinación*: que conlleva la subsistencia del derecho nacional sin modificación alguna y el derecho comunitario intervendría en el ámbito de los efectos de aquel con un propósito reductor de las diferencias o disparidad de efectos (por ejemplo, art. 42 TCE en relación con la Seguridad Social).
4. *Coexistencia*: que implica la regulación de una materia por el derecho nacional y por el comunitario. Cada país mantiene en virtud de este principio su propia organización administrativa o jurisdiccional para defender la competencia.

Así pues, como se ve, la adhesión de España a la UE ⁴ en 1985 supone entre otras muchas consecuencias la obligatoriedad de introducir al ordenamiento español el derecho comunitario; lo que equivale a hablar del acervo comunitario ⁵. El derecho comunitario es un derecho que ha de ser aceptado por los Estados miembros en el momento de su incorporación a la UE. El Tratado en cuya virtud se produce la incorporación a la UE ofrece, por tanto, una característica notablemente peculiar

⁴ La denominación originaria es la de Comunidad Económica Europea (CEE) y en virtud del Tratado de Maastricht de 1992 quedó sustituida por la de Unión Europea (UE).

⁵ Este aspecto propio del derecho comunitario no deja de presentar una analogía palpable con las que son las notas que definen una de las modalidades negociales más características del tráfico jurídico-económico actual, esto es, los contratos de adhesión y que se pueden definir como aquellos contratos en que el contenido o condiciones de la reglamentación son obra de una sola de las partes, de tal modo que al otro contratante solo le está permitido manifestar su aceptación o eventualmente su rechazo. Así pues, de admitirse que un tratado tiene naturaleza contractual, se podría decir con toda propiedad que en este caso nos encontramos ante un verdadero contrato de adhesión al tener cada Estado miembro, que acepta el derecho comunitario vigente en el momento de su incorporación. Es lo que en terminología francesa recibe el nombre de *acquis communautaire*.

pues es un Tratado de adhesión y precisamente esta fue la denominación dada al instrumento por el cual España se incorpora a la UE en 1985 ⁶.

Es dable apreciar esta exigencia que supone el acervo comunitario examinando, entre otras, la Sentencia del TJCEE de 9 de septiembre de 2004, pues la propia resolución pone expresamente de manifiesto la obligatoriedad de adaptación al derecho nacional, en este caso español, del derecho comunitario; más aún cuando se observa como en ella se destaca la carencia o insuficiencia de medidas de trasposición adecuadas que España debía haber acordado concretamente para incorporar al ordenamiento español el contenido de la Directiva 93/13/CEE.

La sentencia en cuestión, se dictó en uno de los procedimientos más característicos que pueden sustanciarse ante el TJCEE, el llamado recurso de incumplimiento. Uno de los denominados recursos directos que pueden interponerse ante el Tribunal de Justicia de la UE.

A mayor abundamiento cabe señalar que existen dos tipos de recursos de incumplimiento, el recurso que se inicia a instancia de un Estado miembro, o como el caso que nos ocupa, el iniciado a instancia de la Comisión ⁷. Este tipo de recurso se halla regulado en el artículo 226 del TCE que reza: *«Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, esta podrá recurrir al Tribunal de Justicia»*.

El eje central del susodicho recurso de incumplimiento viene constituido por la Directiva 93/13/CEE, aunque, como se verá más adelante, no en su totalidad sino solamente respecto de parte de su articulado.

Se introduce en este punto un nuevo concepto a analizar, la Directiva, que, por su trascendencia en todo lo sucesivo, debemos examinar con detalle.

Se conoce que las Directivas comunitarias forman parte del llamado bloque de derecho derivado. El ordenamiento comunitario está constituido por dos sustratos fundamentales y un tercero de menor trascendencia, el primero, denominado originario o primario, aparece configurado por los Tratados constitutivos de cada una de las Comunidades así como los diversos Tratados, Actas y Decisiones que modifican estos Tratados constitutivos ⁸.

⁶ Tratado de Adhesión de España a la CEE de 12 de junio de 1985.

⁷ Conviene poner de relieve que tanto esta modalidad de recurso como la antes referida y regulada en el artículo 227 del TCE, son competencia exclusiva del Tribunal de Justicia, esto es, no interviene en ningún caso el Tribunal de Primera Instancia.

⁸ Al efecto cabe citar los siguientes Tratados: 1. Tratado de París de 18 de abril de 1951 por el que se constituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) en vigor durante 50 años; 2. Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 por el que se constituye la Comunidad Económica Europea (CEE) de duración ilimitada; 3. Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 por el que se constituye la Comunidad Europea de la Energía Atómica o EURATOM, de duración ilimitada. Junto a estos tres Tratados se pueden incluir en el bloque de derecho originario: el Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1965,

El segundo sustrato del derecho comunitario aparece constituido por las normas emanadas de las instituciones comunitarias dotadas de poder legislativo y que son el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo. Las normas que constituyen este paquete normativo son:

- *Reglamentos* que recogidos en el artículo 249.2 del TCE presentan como notas características, su obligatoriedad en todos sus elementos, el ser directamente aplicables en cada Estado miembro y estar dotados de alcance general.
- *Directivas* que se encuentran reguladas en el artículo 249.3 del TCE y que se definen como un verdadero acto normativo cuyos destinatarios son los Estados miembros y cuya obligatoriedad alcanza solo a los resultados propuestos, dejando libertad a los Estados miembros respecto a la forma y método para alcanzarlos.

Sus rasgos más notables son precisamente que sus destinatarios son los Estados miembros, a diferencia de los Reglamentos cuyos destinatarios son los particulares; deben ser notificadas a sus destinatarios, que pueden ser uno, varios o todos los Estados miembros; que sus destinatarios tienen, en el caso de las Directivas, obligación de trasponer el acto normativo, es decir, tienen obligación de dictar normas internas que concreten el contenido de la directiva y finalmente puede añadirse que la Directiva obliga en cuanto al resultado que debe lograrse. Los Estados miembros pueden elegir el medio que estimen conveniente para obtener el resultado al que sí están vinculados. Deben, por tanto, trasponer el contenido esencial de la Directiva de manera que esta resulte de aplicación uniforme en toda la Comunidad⁹, ello no obstante no significa que los Estados miembros, para dar efectividad a esta exigencia, vengan obligados inexcusablemente a una labor legislativa¹⁰.

- *Decisiones* que son actos normativos de carácter particular y que están regulados en el artículo 249.4 del TCE.
- Y, por último, las *Recomendaciones* y los *Dictámenes* que son actos no vinculantes y, por ende, no son fuente del derecho aunque no cabe decir por ello que no gocen de relevancia jurídica. A ellos se refiere el ordinal 5 del artículo 249 del TCE.

el Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 7 de febrero de 1992, el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 y el Tratado de Niza de 11 de diciembre del año 2000.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2004. Recurso de Incumplimiento. Asunto C-70/2003: «Según jurisprudencia reiterada, si bien es cierto que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, es indispensable, sin embargo, que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales».

¹⁰ La Directiva 93/13/CEE establece en su artículo 10.1 que: «Los Estados miembros deberán adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en esta a más tardar el 31 de diciembre de 1994». Como se observa, se habla de medidas legales pero también de naturaleza reglamentaria e incluso administrativa. También en este sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 9 de septiembre de 2004, antes citada.

Un tercer sustrato del derecho comunitario vendría configurado por un conjunto heterogéneo de fuentes del derecho y en el que se integrarían *Acuerdos* concluidos por los Estados miembros entre sí y destinados a dar cobertura legal a aspectos de interés comunitario (*v.gr.*: Convenio sobre jurisdicción y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968, Convenio de Luxemburgo sobre la Patente Comunitaria de 15 de diciembre de 1975), también *Acuerdos y Decisiones* de los representantes de los Estados miembros reunidos en el Consejo y finalmente los *Acuerdos* concluidos por la Comunidad con terceros.

Hecha hasta aquí esta somera referencia al derecho comunitario con el propósito de exponer las ideas básicas que permitan entender la importancia y la posición de la Directiva europea dentro del ordenamiento interno de cada Estado miembro, no queda por menos que recordar, que el marco jurídico del recurso de incumplimiento del que se viene hablando, no viene constituido por el texto íntegro de la Directiva 93/13/CEE, sino únicamente por alguno de sus preceptos, concretamente los artículos 5 y 6.2. Preceptos, dicho sea de paso, de vital importancia, teniendo en cuenta que han sido el motivo fundamental de la Ley 44/2006, de Mejora de los Derechos de Consumidores y Usuarios, y que se examinará con detenimiento a lo largo de las siguientes páginas.

Se podría afirmar pues, que dicha resolución del TJCEE y consiguiente acomodo de ciertos preceptos de la Directiva 93/13/CEE ponen el punto y final al proceso, tal vez dilatado en exceso ¹¹, de trasposición de una Directiva europea al ordenamiento español.

3. LA SENTENCIA DEL TJCEE DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2004. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 5 Y 6.2 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE

Expuestas hasta aquí estas breves pero necesarias notas de derecho comunitario y habiendo tratado las consecuencias de las relaciones interodinamentales, pues el asunto que nos ocupa no es sino una consecuencia de la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos, el comunitario de una parte y el nacional de la otra, debe procederse a abordar los preceptos cuya no trasposición dan motivo al recurso de incumplimiento y consiguiente resolución del TJCE, antesala como se verá, de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre.

Como ya se ha dicho anteriormente, no es el texto íntegro de la Directiva 93/13/CEE lo que entiende el Tribunal, se haya dejado de trasponer al ordenamiento interno sino únicamente dos de sus preceptos, el artículo 5 que dispone: «*En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o alguna de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presen-*

¹¹ La Directiva, en su artículo 10.1, daba a sus destinatarios hasta el 31 de diciembre de 1994 para su trasposición.

te Directiva» y el artículo 6.2 que dice: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad». Por extensión, en virtud de la alusión que a él hace el artículo 5 antes citado, reza el ordinal 2 del artículo 7 y refiriéndose a las acciones de cesación lo siguiente: «(...) aquellos procedimientos que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el Derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que estos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas».

Examinemos el primero de ellos.

Ante la redacción de dicho precepto (art. 5), la respuesta del legislador español, en aras a la trasposición del mismo al ordenamiento interno, fue la modificación del artículo 10.2 de la LGDCU que quedó redactado como sigue: «En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor» y de otra parte el contenido del artículo 6.2 de la LCGC, que dice: «Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente».

Como se observa, hubo respuesta del legislador español pero no fue suficiente pues, como apreció la Comisión ¹², ni el artículo 10.2 de la Ley 26/1984 ni el 6.2 de la Ley 7/1998 precisaron que la regla de la interpretación favorable al consumidor no se aplicaba en los casos de las acciones colectivas de cesación contempladas en el artículo 7.2 de la Directiva (LCEur 1993\1071) y precisamente esa omisión podría suponer hacer peligrar la eficacia de dichas acciones en la medida en que el profesional, invocando la regla de la interpretación más favorable al consumidor, podría obtener que no fuera prohibida una cláusula oscura susceptible de ser interpretada como abusiva y todo ello porque el consumidor desconocería la legitimación que le concede el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE para acudir a la jurisdicción española u órganos administrativos españoles competentes, a fin de que fueran éstos quienes determinasen si dichas cláusulas tienen o no carácter de abusivas y en caso afirmativo éstas pudieran desaparecer del negocio jurídico en cuestión ¹³.

¹² El recurso de incumplimiento fue promovido por la Comisión Europea en virtud de lo que establece el artículo 226 del TCE en materia de legitimación para promover el citado recurso. Artículo 226 del TCE: «Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, esta podrá recurrir al Tribunal de Justicia». En idéntico sentido, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2002, Comisión/Italia. Recurso de incumplimiento. Asunto C-372/1999. TJCE 2002\25.

¹³ El artículo 22 de la LCGC establece que: «En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Juez dictará mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo». Ello tiene gran importancia pues dada la publicidad que supone la inscripción, se podrán evitar que se reproduzcan nuevos procesos judiciales sobre condiciones generales que ya han sido declaradas nulas.

El artículo 5 de la Directiva se refiere, de una parte, a acciones que implican a un consumidor individual y, de otra, el inciso segundo, en esa referencia al apartado 2 del artículo 7, a otro tipo de acción, la llamada acción de cesación que implica a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo. Se trata por tanto de acciones distintas con finalidades diferentes y cuya trascendencia en el campo que nos ocupa es fundamental, por lo que justifican la apertura en este punto, de un paréntesis a efectos de dedicarles la atención merecida:

Acciones individuales

En el caso de las acciones individuales promovidas por un consumidor el órgano jurisdiccional ha de efectuar una apreciación *in concreto* del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el caso de una acción de cesación al órgano jurisdiccional le incumbe efectuar una apreciación *in abstracto* del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado.

En el primer caso, la protección individualizada para un caso concreto a favor del consumidor es inmediata mientras que en el segundo, la finalidad es más preventiva y con ello de ámbito generalizado.

Con todo ello se observa que no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para los consumidores y por tanto una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de cláusulas oscuras o ambiguas con lo que el ámbito de protección es mucho más amplio.

La Directiva 93/13/CEE tiene como propósito aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores y este es el tenor del apartado 1 de su artículo 1.

En opinión de la Comisión, el artículo 7 regula uno de los aspectos fundamentales de la protección dispensada por esta norma, a saber, el procedimiento que tiene como finalidad «que cese» la utilización de las cláusulas abusivas en los contratos entre consumidores y profesionales. Este objetivo exige que pueda ejercitarse dicho procedimiento no solo contra los profesionales que usan las citadas cláusulas, sino también contra las asociaciones de profesionales que recomienden su uso. No es necesario, a juicio de la Comisión, esperar a que dichas cláusulas, redactadas con vistas a una utilización general, se usen concretamente en un contrato individual. Resulta fácil apreciar pues, esta clara y evidente finalidad preventiva que late en la redacción del citado precepto¹⁴.

¹⁴ Artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993\1071): «1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que estos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

Precisamente este particular fue objeto de debate con ocasión de otro recurso de incumplimiento promovido también por la Comisión, en aquel caso, contra Italia.

Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2002¹⁵. En sus alegaciones, el Gobierno italiano manifestó su disconformidad con la interpretación que en su momento realizó la Comisión sobre el alcance preventivo latente en la redacción del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, afirmando que a la luz de dicho precepto, la finalidad del mismo no era otra que el cese de la utilización de las cláusulas abusivas de las que se estuviera haciendo uso *in actu*, y no solo un uso potencial, entendiendo que ese uso efectivo y real era requisito fundamental para la aplicación del mecanismo de tutela previsto en la Directiva.

Efectivamente, el Código Civil Italiano contenía en su artículo 1.469 sexies y en atención a las exigencias derivadas de la Directiva 93/13/CEE lo siguiente: «*Las asociaciones de protección de los consumidores, las asociaciones profesionales, las cámaras de industria y de comercio, las cámaras de artesanos y las cámaras agrarias pueden recurrir ante los tribunales contra aquellos profesionales o aquellas asociaciones de profesionales que utilicen cláusulas contractuales generales y solicitar la prohibición judicial de la utilización de cláusulas abusivas*». Una previsión, no obstante, insuficiente a juicio del Tribunal. La Comisión en este sentido alegó que el artículo 1.469 sexies únicamente permitía recurrir ante los Tribunales contra los profesionales o las asociaciones de profesionales que estaban utilizando cláusulas abusivas, lo cual suponía una flagrante restricción de los efectos preventivos del procedimiento de prohibición previsto en el artículo 7 de la Directiva.

Esta cuestión fue también objeto de otro pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia en la Sentencia de 27 de junio de 2000 al declarar que el sistema de tutela instaurado por la Directiva 93/13/CEE se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Por tal razón, el artículo 7 de la Directiva que, en su apartado 1 exige a los Estados miembros velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, precisa en su apartado 2, que estos medios deben permitir a las organizaciones de consumidores reconocidas acudir a los órganos judiciales competentes con el fin de que estos diluciden si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y lograr, en su caso, que cese su aplicación. El Tribunal, en el apartado 27 de esta misma sentencia, pone de manifiesto que el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de las acciones que deben establecerse, así como su independencia con respecto a cualquier litigio individual concreto, implican que puedan ejercerse las citadas acciones aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados, sino que hayan sido únicamente recomendadas por los profesionales o sus asociaciones¹⁶.

3. *Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares*».

¹⁵ Recurso por incumplimiento, Comisión/Italia. Asunto C-372/1999. TJCE 2002\25.

¹⁶ [TJCE 2000\144], Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, Rec. Pg. I-4941) apartado 27.

De todo ello se desprende pues, que en el apartado 3 del artículo 7 de la Directiva late un estricto propósito preventivo e incluso llega a admitirse el ejercicio de la acción contra los comportamientos que se limiten a recomendar la utilización de cláusulas contractuales de carácter abusivo.

Acciones colectivas

La segunda modalidad de acción que recoge el artículo 7.2 de la Directiva 93/13/CEE es la denominada acción de cesación, recogida, por otra parte, en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) 1/2000, de 7 de enero ¹⁷.

La acción de cesación se enmarca dentro de las que doctrinalmente se denominan: acciones colectivas en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, acciones cuya característica esencial es que no defienden únicamente los derechos subjetivos o individuales de cada uno de los afectados por una conducta empresarial, sino los intereses colectivos o difusos, según estén o no determinados los consumidores a quienes afecta tal conducta, entendiéndose como señala la Directiva 98/27 CE (LCEur 1998\1788) por intereses colectivos aquellos que no son una acumulación de intereses individuales. En definitiva, concurre este interés colectivo que trasciende el meramente subjetivo de cada uno de los afectados, cuando no se trata solo de satisfacer los intereses individuales de cada uno de los afectados, sino sobre todo de reaccionar contra una conducta empresarial ilícita capaz de generar perjuicios a una pluralidad de consumidores, manteniendo un control sobre la misma que contribuya a evitar la extensión del perjuicio ya ocasionado y a disuadir de la realización en el futuro de comportamientos lesivos similares en detrimento del conjunto de los consumidores.

Para la defensa de ese interés colectivo es insuficiente la configuración tradicional de la legitimación en el proceso civil que viene a identificar la misma con la titularidad del interés o derecho subjetivo que se trata de defender, por ello, la vigente LEC rompe este esquema clásico atribuyendo la legitimación en estos casos, no solo a los consumidores afectados, sino también a otras entidades que, sin ser titulares del derecho subjetivo afectado, tienen sin embargo encomendada la defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Esta legitimación plantea pocos problemas en el caso de que lo que se pretenda sea única y exclusivamente conseguir que cese una conducta contraria a la ley y perjudicial para los consumidores y/o para que no se reitere en el futuro, pero suscita cuestiones de cierta complejidad cuando junto con tal finalidad, se persigue obtener el resarcimiento de los perjudicados u otros fines que afectan directamente al derecho subjetivo de los mismos, como, por ejemplo, la resolución de los contratos suscritos por los mismos.

Así pues, las acciones colectivas presentan cuestiones de especial complejidad y dificultad, especialmente cuando exceden de lo que es el ámbito de una simple acción de cesación porque con-

¹⁷ La LEC en su artículo 249.2.5.º atribuye al juicio verbal la decisión de las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios puesto que estas se recogen, para su tramitación por el cauce del juicio ordinario, en el artículo 250.1.12 de la LEC.

llevan pretensiones resolutorias, resarcitorias e indemnizatorias que afectan los intereses individuales de una multitud de perjudicados, complejidad que hubiera requerido una regulación más detallada y precisa que la que le ha dedicado la vigente LEC.

Ello no obstante la Ley 39/2002, modificativa de la LEC de una parte, y de la otra de la LCGC, introduce las acciones de cesación en otras disposiciones legales tales como en la LGDCU (RCL 1984\1906), Ley de Crédito al Consumo (RCL 1995\979, 1426) o en la Ley sobre Protección de los Consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (RCL 1991\2806). En todos los casos se trata de acciones que pretenden obtener una resolución judicial que ordene la cesación de una práctica prohibida o contraria a las leyes y la prohibición por parte de la autoridad judicial de que dicha práctica se repita en el futuro. Eventualmente, a pesar de que la conducta haya cesado en el momento de interponerse la demanda, puede pretenderse la prohibición de su realización siempre que existan indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

Así pues, las características comunes a todas las acciones de cesación son las siguientes: en primer lugar, se dirigen contra conductas que se están realizando en el momento en el que se interpone la demanda o que, respecto a las cuales, existen serios indicios para temer su realización de modo inmediato; en segundo lugar, no basta con que la conducta sea genéricamente perjudicial para los consumidores, sino que ha de contravenir la legislación que específicamente contempla la posibilidad de utilizar dicha acción; finalmente, dichas acciones van dirigidas a que se decrete el cese de la conducta y/o a que se prohíba su reiteración en el futuro ¹⁸.

Justo en este sentido se pronuncia también la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia número 565/2005, de 8 de septiembre, cuando dice: «*La acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz y su cauce es el juicio verbal (art. 12.2 Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1998)*».

Para concluir con estas consideraciones dedicadas a la acción de cesación conviene detenernos en lo referente a la legitimación activa.

No puede decirse que la LEC adolezca de una falta de precisión en esta materia puesto que en su artículo 11 reza lo siguiente: «*1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. 2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos correspon-*

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª), de 22 de enero de 2004 (Caso Opening).

de a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos, así como a los propios grupos de afectados. 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas. 4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8.º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios».

Precisamente por abordar esta cuestión, merece especial atención la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante número 44/2005 (Sección 6.ª) de 2 de febrero. en la que se trata fundamentalmente una cuestión de legitimación y en cuya virtud dispone el Tribunal: «...dicha legitimación, cuando de la defensa de un interés difuso y plural de una colectividad de consumidores usuarios se trate, como la pretendida demanda, queda reservada a las asociaciones y entidades jurídicas que se relacionan en el artículo 16 de la LCGC, sin perjuicio de las acciones individuales que esta reserva a los particulares perjudicados...»¹⁹.

Cerrado aquí este paréntesis dedicado a las dos acciones ínsitas en el artículo 7.2 de la Directiva 93/13/CEE, conviene reanudar el análisis de la Sentencia del TJCEE de 9 de septiembre de 2004, abordando concretamente lo referente a las cláusulas abusivas, puesto que como se viene observando, el propósito de la Directiva es asegurar la plena protección de consumidores y usuarios ante las consecuencias que acarrea la existencia de aquellas en negocios jurídicos suscritos con un profesional. En esta dirección y prosiguiendo pues con el examen del artículo 5 de la Directiva, a juicio del Tribunal indebidamente traspuesto al ordenamiento español, conviene decir que sí es cierto, tal y como expone en su alegación el gobierno español, que existe en el ordenamiento interno un listado de cláusulas²⁰ que, en todo caso y sin necesidad de más requisitos, tienen carácter de

¹⁹ Esta sentencia se dicta en un Recurso de Apelación interpuesto ante una Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm.5 de Alicante cuya *causa petendi* era el ejercicio de la acción de anulación y de la de cesación frente a determinadas cláusulas abusivas; concretamente el cobro de tarifas por horas completas en casos de estacionamiento por fracción de hora. La cuestión se resolvió desestimando la apelación por falta de legitimación activa del actor al no reunir los requisitos fijados en el citado artículo 11 de la LEC 1/2000, de 7 de enero.

²⁰ El artículo 10 bis de la Ley 26/1984 establece que: «Se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley».

Dicha disposición adicional, introducida por la Ley 7/1998 recoge las estipulaciones que en todo caso tendrán carácter abusivo (recogiendo las previstas en la Directiva 93/13/CEE además de otras que el legislador español ha considerado conveniente mantener o considera como abusivas) y las clasifica en cuatro grandes grupos: I. Las que vinculan el contrato a la voluntad del profesional. II. Las que suponen privación de derechos básicos del consumidor. III. Las que suponen falta de reciprocidad. IV. Otras.

En particular, se consideran abusivas las siguientes cláusulas:

- Las que excluyen la responsabilidad del profesional por daños físicos o muerte del consumidor, consecuencia de la relación contractual.
- Las que limitan, en caso de incumplimiento defectuoso, parcial o total, la responsabilidad del profesional.
- Las que comprometen al consumidor en firme y no al profesional.
- Las que permiten retener cantidades abonadas, en caso de renuncia del consumidor al contrato o a su ejecución, sin establecer una cantidad equivalente para el supuesto inverso.

abusivas y que precisamente el carácter imperativo de dicha lista se opone a que pueda alegarse el principio de interpretación favorable al consumidor del artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE para paralizar acciones de cesación ya entabladas. Ello no obstante, este argumento tampoco resulta suficiente a juicio del Tribunal puesto que ante tal alegato se pregunta si acaso esta lista es el único mecanismo de que goza el ordenamiento jurídico español para proteger los derechos de los consumidores y usuarios y, en segundo lugar, si existe alguna resolución judicial de un Juez o Tribunal español que apoye esa tesis ²¹.

Respecto a este último punto, argumento por otra parte con el que la Comisión parece abonar sus alegatos contra el gobierno español, sirven a modo de ejemplo resoluciones como la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 277/2002, de 20 de marzo, en la que se declaran abusivas ciertas cláusulas contenidas en un contrato de compraventa de vivienda; la Sentencia del TSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) 9/2003, de 26 de marzo, en relación a la apreciación de nulidad del contrato de adhesión por cláusulas abusivas o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª) 71/2006, de 21 de febrero, en la que se ahonda en la doctrina jurisprudencial relativa a las cláusulas abusivas ²².

- Las cláusulas de penalización o indemnización desproporcionadas por incumplimiento del consumidor.
- Las que facultan al profesional para la rescisión unilateral, sin derecho correlativo del consumidor, o a la retención de cantidades sin prestación efectuada.
- Las que autorizan a la finalización o extinción de contratos de duración indefinida, sin preaviso con antelación razonable.
- La prórroga automática, sin consentimiento del consumidor, en los contratos de larga duración.
- La adhesión irrenunciable a cláusulas que el consumidor no ha podido, en tiempo, conocer su trascendencia real.
- La alteración unilateral por el profesional de los términos del contrato, de la prestación del servicio o de la entrega del bien.
- El aumento unilateral del precio o su establecimiento en el momento de la entrega del bien o prestación del servicio.
- La reserva exclusiva de estimar cumplido el contrato o de su interpretación.
- Eximirse el profesional de la responsabilidad de mandatarios o supeditarla a condiciones especiales.
- Exigir el cumplimiento del consumidor, sin el correlativo del profesional.
- Cesión del contrato, con merma de garantías del consumidor, sin consentimiento de este.
- Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos, con sujeción a un arbitraje no regulado legalmente.
- Inversión de la carga de la prueba, esto es, que deba probar el consumidor el cumplimiento o el incumplimiento de lo pactado.

En este sentido, *vid.* STS de 17 de mayo de 1999.

²¹ Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales debe apreciarse teniendo en cuenta la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales (véanse, en particular, las Sentencias de 8 de junio de 1994 [TJCE 1994\96], Comisión/Reino Unido, C-382/92, Rec. Pg. I-2435, apartado 36, y de 29 de mayo de 1997 [TJCE 1997\98], Comisión/Reino Unido, C-300/95, Rec. Pg. I-2649, apartado 37).

²² A mayor abundamiento sobre el trato jurisprudencial de la cuestión objeto de estudio, pueden citarse las siguientes sentencias: STS 197/2002, de 11 de marzo, STS 550/2000, de 1 de junio (en la que se considera abusiva la cláusula incorporada al contrato de préstamo hipotecario en cuya virtud se dispone que el pago de los gastos de constitución de dicho préstamo hipotecario que grava los pisos adquiridos, sea a cargo del comprador) o la interesante Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 15/2004, de 11 de mayo, en la que con especial prolijidad se trata esta cuestión reputándose como abusivas las cláusulas de falta de información al cliente de tarifas de comisiones y gastos de la cuenta, de imposición al cliente de un fuero judicial territorial a conveniencia de la entidad bancaria en caso de litigio, de imposición al cliente de los gastos derivados de la eventual litigiosidad del contrato, de exención de responsabilidad de la entidad bancaria por fallos en sus aparatos en la realización de operaciones con tarjetas, de resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de cualquier prestación del prestatario, la de resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de registrar la

A pesar de la existencia de estos numerosos pronunciamientos de Jueces y Tribunales españoles y del tenor del artículo 20.4 de la LCGC cuando dice: «*la sentencia dictada en recurso de casación, una vez que constituya doctrina legal, vinculará a todos los Jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente*», señala el Tribunal, con buen criterio, que la previsión legal que debe hacer el destinatario de la Directiva debe ser clara y precisa y no abrigar ningún género de duda pues precisamente ese es uno de los pilares en que se sustenta la tutela de los derechos de consumidores y usuarios y en esta línea dice el Tribunal ²³: «*Según jurisprudencia reiterada, si bien es cierto que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, es indispensable, sin embargo, que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente y precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales (véanse entre otras, las sentencias de 10 de mayo de 2001 [TJCE 2001\131], Comisión/ Países Bajos, C-144/99, Rec. P. I-3541, apartado 17, y de 7 de mayo de 2002 [TJCE 2000\151], Comisión/Suecia, C-478/99, Rec. P. I-4147, apartado 18)*».

El segundo de los preceptos de la Directiva 93/13/CEE cuya trasposición al ordenamiento español resulta cuestionada es el artículo 6.2 cuyo contenido es el siguiente: «*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*».

Conviene destacar que lo que con él se pretende es garantizar la protección de todos los consumidores en todos los contratos celebrados con un profesional o como interpreta el Tribunal «*(...) proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rijan por leyes de Estados miembros distintos del suyo*» ²⁴.

Efectivamente la Directiva prevé, en las relaciones contractuales que implican a terceros países, el mantenimiento de la protección que la misma dispensa a los consumidores en la relaciones contractuales intracomunitarias, siempre, eso sí, que el contrato mantenga una estrecha conexión con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

En este caso la respuesta del legislador español fue la siguiente redacción del artículo 10 bis apartado 3 de la LGDCU: «*Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contra-*

hipoteca por cualquier causa, la de exención del deber de la entidad de comunicar la cesión del préstamo a tercero, y la de exención de responsabilidad por fallos en el sistema informático.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2004. Recurso de Incumplimiento. Asunto C-70/2003.

²⁴ En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal en las Sentencias Comisión/Países Bajos [TJCE 2001\131], apartado 18, y Comisión/Suecia [TJCE 2002\151], apartado 18.

to, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma²⁵ sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales» y el contenido del artículo 3 apartado 2 de la LCGC que dice: «También se aplicará (la presente ley) a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en este su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales».

Se abre aquí una nueva cuestión objeto de debate al entender, el Tribunal, que la previsión legal llevada a cabo por el gobierno español a efectos de trasposición de la Directiva es defectuosa y desestimando como válido el alegato que este realiza al señalar que de una interpretación integradora de las disposiciones nacionales relativas a la protección de los consumidores contra cláusulas abusivas se desprende que tales normas son aplicables con carácter imperativo, cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato.

A mayor abundamiento el gobierno español añade que el artículo 3.2 de la Ley 7/1998 prevé la aplicación imperativa de las referidas disposiciones nacionales, es decir, de la protección que otorga la Directiva a los contratos sometidos a la legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en este su residencia. De este modo, el concepto de «estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad», en el sentido del artículo 6.2 de la Directiva, se concreta para los contratos que tienen una relación con el derecho español.

Entiende el Tribunal que, en cuanto a la conexión con la Comunidad, el artículo 6.2 de la Directiva se limita a indicar que el contrato debe mantener «una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad».

La finalidad de esta formulación genérica es permitir que se tomen en consideración diversos elementos de conexión en función de las circunstancias del caso concreto y precisa de otra parte que aunque el concepto –deliberadamente vago de «estrecha relación»– pueda eventualmente concretarse mediante presunciones, no es posible, en cambio, restringirlo mediante una combinación de cri-

²⁵ A tenor del artículo 5, apartado 1 del Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (RCL 1993\2205, 2400 y LCEur 1980\398); dicho artículo «se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros». Según sus apartados 4 y 5, el referido artículo 5 «no se aplicará a los contratos de transporte, salvo a aquellos que, por un precio global, comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento, ni a los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que tenga su residencia habitual».

El artículo 5, apartado 2, del Convenio de Roma dispone: «(...) la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual:

- Si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en este país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o
- Si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o
- Si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta».

terios de conexión previamente definidos tales como los requisitos acumulativos relativos a la residencia y a la celebración del contrato que contemplan el artículo 5 del Convenio de Roma (RCL 1993\2205, 2400 y LCEur 1980\398).

Como colofón de lo dicho, el Tribunal considera que al referirse de forma explícita el artículo 10 bis de la Ley 26/1984 a este artículo 5 del Convenio de Roma y de manera implícita el artículo 3.2 de la Ley 7/1998, las disposiciones del ordenamiento español que supuestamente adaptan el artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CEE [LCEur 1993\1071] introducen una restricción incompatible con el nivel de protección fijado por esta.

Como se verá en el siguiente capítulo, tras la promulgación de la Ley 44/2006 se puede afirmar que nuestro ordenamiento jurídico ofrece, ahora sí, una definición de lo que se entiende por «vínculo estrecho», de forma que el concepto deja de abrigar las dudas que al amparo de la legislación anterior presentaba.

La consecuencia de lo hasta aquí dicho y que viene a constituir el contenido de la Sentencia dictada por el TJCEE de 9 de septiembre de 2004 fue, entre otras, la nueva redacción dada a los preceptos citados resultando a su vez incorporados en la Ley 44/2006 de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios que ensambla el necesario elenco de medidas legales para el completo acomodo del ordenamiento español a las previsiones de la UE en materia de protección de consumidores y usuarios. Y bien dicho está cuando se habla de acomodo del ordenamiento español al derecho comunitario porque este último tiene, en virtud del principio de primacía –abordado en el Capítulo 2–, una posición preferente en el orden de prelación del derecho aplicable a un caso concreto.

De la nueva redacción dada a los artículos 10 bis, apartado 3, de la Ley 26/1984 y 3.2 de la Ley 7/1998, así como de las novedades legislativas introducidas por la Ley 44/2006, se hará expresa mención en el siguiente capítulo.

4. LA CONSECUENCIA: LA LEY 44/2006 DE MEJORA PARA LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. ASPECTOS FUNDAMENTALES

Como se ha venido diciendo, la Ley 44/2006 se vertebra sobre la base de lo que han sido algunos de los pilares fundamentales contenidos en la importante Directiva 93/13/CEE.

Un buen número de ellos cristalizaron en la modificación de la Ley 26/1984 General de Defensa de Consumidores y Usuarios y en una nueva ley, la 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, pero como apreció el Tribunal de Justicia, la trasposición no se había consumado en toda su dimensión.

Dicha Directiva no asumía otro propósito más que dispensar a los consumidores y usuarios de los Estados miembros, la protección y amparo suficiente para garantizar, en el ámbito de la contratación con profesionales, un equilibrio inter-partes que asegurara el buen desarrollo y funcionamiento de las relaciones que emergen del tráfico económico, abrogando del mismo prácticas abusivas cuyo uso se ha venido generalizando a lo largo de los años y que hoy en día han alcanzado el nada distinguido calificativo de fraudulentas.

En la exposición de motivos de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, se pueden observar los aspectos que el legislador español ha tenido a bien considerar a efectos de la redacción de la misma. Muchos de ellos, por no decir su casi totalidad, se inspiran en el contenido de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre que se ha venido tratando en el capítulo anterior.

La primera de las consideraciones que merece nuestra atención es ver cómo han sido definitivamente traspuestos los artículos 5 y 6.2 de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento jurídico español.

Por lo que se refiere al primero de estos dos preceptos, conviene decir que se ha procedido a la modificación del artículo 10.2 de la LGDCU y del artículo 6 de la LCGC, recogiendo ambas disposiciones la doctrina del Tribunal de Justicia con el objeto de matizar que el principio de interpretación favorable al consumidor de las cláusulas oscuras, solo se va a aplicar en los supuestos en los que se ejerciten acciones individuales pero no colectivas y así, los artículos de referencia han quedado redactados como sigue:

Artículo 10.2 de la Ley 26/1984: **«2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.»**

Artículo 6.2 de la Ley 7/1998: **«Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación solo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales.»**

En segundo lugar y a efectos de proceder a la trasposición del artículo 6.2 de la Directiva, se ha modificado el artículo 10 bis, apartado 3, de la Ley 26/1984 para aproximarla al contenido de aquella²⁶ y matizando el contenido del artículo 6 de la Ley 7/1998, concretamente en lo referente a los supuestos en los que resultaría de aplicación el contenido de la misma, esto es, en las relaciones entre empresarios o profesionales –mientras que, en caso de ser el adherente un consumidor, procedería aplicar la Ley 26/1984–. La redacción definitiva de estos preceptos es la siguiente:

Artículo 10 bis, apartado 3, de la Ley 26/1984: **«3. Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, cuando el mismo mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.»**

²⁶ Esta nueva redacción del apartado 3 del artículo 10 bis de la Ley 26/1984 presenta un marcado carácter explicativo propuesto por la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el profesional ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro».

Artículo 3.2 de la Ley 7/1998: *«También se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales. Cuando el adherente sea un consumidor se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios».*

Este constituye pues, uno de los propósitos de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, pero el déficit de medidas proteccionistas de los derechos de los consumidores y usuarios ha cimentado el segundo de los pilares de la mencionada ley, esto es, incrementar la tutela del consumidor en ámbitos, como se verá, muy diversos.

Sirve también la Ley 44/2006, sin dejar ese propósito o finalidad tuitiva, para la trasposición de otra importante Directiva comunitaria, la 2005/29/CEE, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales, prohibiendo todo aquello que suponga un obstáculo no contractual para el ejercicio, por parte de los consumidores, de los derechos derivados de un contrato.

En particular, la citada Directiva prescribe la prohibición, entre otras, de las cláusulas que supongan la imposición de plazos de duración excesiva o las limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho de los consumidores a poner fin al contrato. A ello se refieren los ordinales once y catorce párrafo 3 y siguientes del artículo 1 de la ley.

Lamentablemente es muy frecuente observar, en el ámbito de la contratación con profesionales, prácticas obstruccionistas al derecho del consumidor de poner fin al contrato.

El escaso rigor de la legislación española en desarrollo de esta materia, ofreciendo cobertura legal a este particular, ha desembocado en que hayan sido los Tribunales los encargados de abordarlo, lógicamente a ruego de los actores procesales.

Un cúmulo de factores como son la rapidez del tráfico jurídico-económico, la globalización e interdependencia económica y también, por qué no decirlo, lo atractivo que resulta el enriquecimiento gratuito, han generado la acumulación en los Tribunales españoles de multitud de causas relacionadas con lo que aquí se está examinando. No se puede por menos que recordar el elenco de resoluciones judiciales que a lo largo de las páginas anteriores se han ido desmenuzando en pro de una correcta comprensión del tema objeto de estudio y que por cuestiones obvias no procede aquí reiterar²⁷.

²⁷ En este sentido, baste recordar algunas de las resoluciones anteriormente tratadas: STS (Sala de lo Civil) 277/2002, de 20 de marzo, en la que se declaran abusivas ciertas cláusulas contenidas en un contrato de compraventa de vivienda, la

Se aborda también en la ley objeto de examen, una cuestión inherente a la contratación o, si se prefiere, a la noción propia de contrato, como es la información pre-contractual. Una información, conviene decir, que debe dispensarse al consumidor de forma gratuita, es decir, sin gastos adicionales a fin de evitar prácticas lesivas que supongan costes adicionales para el consumidor. En este sentido se pronuncia el artículo 1, ordinal 7, párrafos 1 a 4, de la Ley 44/2006.

También en materia de costes adicionales la ley dispensa una mayor claridad en las modalidades de cálculo del precio de los contratos, evitando la facturación de servicios no prestados efectivamente y con el propósito de abrogar prácticas como la tantas veces recurrida del «redondeo». Toda esta materia será objeto de trato detallado en el capítulo siguiente por lo que basta aquí incluir la referencia al artículo 1, ordinal catorce, párrafos 1 y 2 de la ley en los que se dispensa trato legal a dicha cuestión.

Siempre desde esta perspectiva, desde este ángulo proteccionista, la ley dirige también su mirada hacia las fórmulas arbitrales, no siempre lícitas también hay que decir, garantizando la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente a favor de los consumidores. Así lo recogen los dos párrafos que integran el ordinal noveno del artículo 1 de la ley.

La ley introduce también cambios de naturaleza procesal al ampliar la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de cesación, reconociéndola el Instituto Nacional de Consumo y al Ministerio Fiscal; y en este sentido aparece redactado el ordinal quince del artículo 1 de la misma.

Especialmente minucioso resulta el trato que la ley dispensa a la regulación específica básica a la que quedan sometidas las asociaciones de consumidores y usuarios y así se observa en el ordinal ocho del artículo 1.

Incluye también esta Ley 44/2006 en el ordinal diez de su artículo 1, un par de referencias en materia sancionadora y con mayor concreción, al procedimiento sancionador se refiere el ordinal doce del mismo artículo.

Y el último apunte, contenido del artículo 3 de la Ley de 29 de diciembre de 2006 va dedicado al contrato de aparcamiento de vehículos, un contrato que ya gozaba –y sigue gozando– de pre-

STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) 9/2003, de 26 de marzo, en relación a la apreciación de nulidad del contrato de adhesión por cláusulas abusivas, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª) 71/2006, de 21 de febrero, en la que se ahonda en la doctrina jurisprudencial relativa a las cláusulas abusivas, STS 197/2002, de 11 de marzo, STS 550/2000, de 1 de junio (en la que se considera abusiva la cláusula incorporada al contrato de préstamo hipotecario en cuya virtud se dispone que el pago de los gastos de constitución de dicho préstamo hipotecario que grava los pisos adquiridos, sea a cargo del comprador), o la interesante Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 15/2004, de 11 de mayo, en la que con especial prolijidad se trata esta cuestión, reputándose como abusivas las cláusulas de falta de información al cliente de tarifas de comisiones y gastos de la cuenta, de imposición al cliente de un fuero judicial territorial a conveniencia de la entidad bancaria en caso de litigio, de imposición al cliente de los gastos derivados de la eventual litigiosidad del contrato, de exención de responsabilidad de la entidad bancaria por fallos en sus aparatos en la realización de operaciones con tarjetas, de resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de cualquier prestación del prestatario, la de resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de registrar la hipoteca por cualquier causa, la de exención del deber de la entidad de comunicar la cesión del préstamo a tercero, y la de exención de responsabilidad por fallos en el sistema informático.

visión legal en la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, previsión por otra parte y si se me permite el superlativo, escasísima, parca, muy alejada de la realidad y como se verá, inútil a efectos de abolir el ejercicio de prácticas abusivas.

Se determinan legalmente, sin necesidad de desarrollo reglamentario, los requisitos que deben contener el justificante o resguardo que debe entregar el titular del aparcamiento, flexibilizando las formas de identificación del vehículo así como las formas admisibles de cálculo del precio que debe pagar el consumidor en los estacionamientos rotatorios. Al desarrollo de este último apartado y tal y como se ha venido anunciando, se dedica el capítulo siguiente que fija su atención de forma exclusiva a esta cuestión tan cotidiana como es el aparcamiento de vehículos, como controvertida por lo que al cálculo del precio se refiere.

No queda por menos que incluir en este capítulo uno de los aspectos más importantes a efectos de aplicación de la Ley 44/2006 como es el régimen transitorio.

La ley contiene cuatro disposiciones transitorias con un plazo de entrada en vigor diferente según la materia afectada. Así, la primera de ellas se refiere al régimen transitorio en materia de contratos celebrados con los consumidores y dice así: «**Los contratos con los consumidores deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta ley, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor. Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho**». La segunda, atinente al régimen transitorio en materia de aparcamientos dispone: «**1. Las nuevas obligaciones impuestas por el artículo 3 de esta ley no serán exigibles a los titulares de los aparcamientos hasta transcurridos cinco meses desde su entrada en vigor. A los aparcamientos que operen en régimen de concesión administrativa, las obligaciones impuestas en el artículo 1.2 de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, no les serán exigibles hasta transcurridos ocho meses desde la entrada en vigor de esta ley. 2. A los titulares de los aparcamientos dependientes o accesorios de otras instalaciones no les serán exigibles las obligaciones establecidas en el artículo 3.1 b) de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del Contrato de Aparcamiento de Vehículos, hasta transcurridos ocho meses desde su entrada en vigor**». La disposición tercera referente al régimen transitorio en materia de asociaciones de consumidores y usuarios establece lo que sigue: «**1. Las obligaciones previstas en el artículo 21 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios son exigibles desde la entrada en vigor de esta ley. No obstante lo previsto en el párrafo precedente, los convenios o acuerdos de colaboración que se hubieran suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley y estuvieran vigentes en dicha fecha, deberán depositarse en el Instituto Nacional del Consumo en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta ley. 2. En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley las asociaciones de consumidores y usuarios deberán adaptarse a lo dispuesto en ella**». Y, por último, la disposición cuarta, relativa al Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores, dice: «**Sin perjuicio de la regulación que reglamentariamente se establezca del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores, este adaptará su funcionamiento a lo previsto en esta Ley en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor**».

5. EL CONTRATO DE APARCAMIENTO. LA CLÁUSULA –HORA «O FRACCIÓN»– EN EL CÁLCULO DEL PRECIO DEL APARCAMIENTO DE VEHÍCULOS. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID 565/2005, DE 8 DE SEPTIEMBRE

Llegados a este punto, resulta no menos que aconsejable, retrotraer la atención del lector a las que son las notas más destacables de lo hasta aquí dicho.

Especial atención se ha prestado, en el Capítulo 2, al derecho comunitario, pues no podemos dejar de tener presente que la Ley 44/2006, de Mejora para la Protección de Consumidores y Usuarios, nace como una exigencia del ordenamiento comunitario a efectos de acomodarse al ordenamiento español, de ahí la atención dispensada a las relaciones interordinamentales y al valor del derecho comunitario. Todo ello constituiría el «porqué» de la cuestión.

Posteriormente, se ha entrado en el análisis de dos preceptos de la Directiva 93/13/CEE cuya inadecuada trasposición al ordenamiento español desembocó en la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2004, que no vino a ser sino, el empuje definitivo a una respuesta del legislador español. Hasta aquí nos encontraríamos con el «cómo».

Y finalmente, el «qué» vendría configurado por la Ley 44/2006, siendo el trato que dicha ley dispensa al contrato de aparcamiento, el «matiz o detalle».

Para abordar las cuestiones que quedan por analizar y para favorecer su mejor comprensión convendría dividir este capítulo en dos grandes apartados. El primero, dedicado a la distinción entre los contratos de garaje y de aparcamiento y su encaje dentro de la categoría de los contratos atípicos con argumentos jurisprudenciales que abonarán como se verá, las diferentes opciones, y, el segundo, no tan enfrascado en un debate, podría decirse más epistemológico, sino centrado ya en el examen de la cláusula «hora o fracción» en el cálculo del precio del contrato.

5.1. Los contratos de garaje y de aparcamiento. Los contratos atípicos. El contrato mixto.

Al hablar de contrato de aparcamiento aparece en escena una modalidad jurídica o figura legal afín de la que conviene diferenciarse cual es el contrato de garaje.

Se hace necesario pues, proceder a continuación, a abordar las diferencias existentes entre ambas modalidades contractuales. Una cuestión nada baladí habida cuenta de las no pocas ocasiones en las que la misma ha sido objeto de pronunciamiento por parte de los Tribunales españoles.

Así, el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de octubre de 1996 en relación a la necesaria calificación jurídica del contrato de garaje²⁸ lo identifica como aquel en virtud del cual el propietario

²⁸ La Audiencia Provincial de Palencia en su Sentencia de 15 de marzo de 2000 establece que: «*el contrato de garaje ha sido definido tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia, como un contrato atípico e innominado, que presenta*

del «parking» se obliga a la guarda de un vehículo determinado con o sin fijación de plaza concreta asumiendo un deber de custodia, vigilancia y actividades complementarias de limpieza, conservación del local, etc., y en que por aplicación de la denominada teoría de la combinación han de tenerse presentes los elementos de los tipos de contratos más afines (depósito y arrendamiento de servicios)²⁹. Y, por otra parte, identifica el contrato de estacionamiento como un negocio jurídico en que se cede tan solo el uso de un espacio y en el que salvo en determinados lapsos temporales (por ejemplo, limpieza), no se produce obligación de guarda y custodia.

El Tribunal Supremo en apoyo a su teoría cita otra sentencia del mismo órgano judicial, ésta de fecha 10 de junio de 1929, en la que se contiene una tesis que ha cobrado cierta difusión doctrinal y mantiene, *mutatis mutandis*, que el contrato de aparcamiento no es más que un contrato de arrendamiento de cosa o local (la parcela sobre la que se estaciona). Se argumenta, en este sentido, que la finalidad perseguida por el contrato es únicamente la de permitir el estacionamiento del vehículo, sea por comodidad, sea por dificultad de hallar espacio en las vías públicas. Consecuentemente, dice el Tribunal Supremo, las obligaciones que corresponden al titular del aparcamiento serían solo las de proporcionar al usuario del vehículo una parcela donde aparcarlo y la posibilidad de retirada del mismo a la persona que presente el billete de estacionamiento. Una tesis, esta última, que responde a intereses muy concretos, vinculados a empresas dedicadas a la industria del «parking», que legítimamente tratan de buscar cobertura jurídica a sus aspiraciones de indemnidad por los daños y robos de vehículos que se produzcan en el aparcamiento.

Insiste el Tribunal Supremo en que son más las sentencias por él dictadas en las que, bajo el pie forzado de la legislación arrendaticia, mantienen el carácter atípico del llamado contrato de garaje e incluyen la prestación del servicio de guarda entre las obligaciones que del mismo dimanar, mediante retribución³⁰.

En la misma Sentencia de 22 de octubre de 1996, el Tribunal Supremo reafirma la naturaleza atípica³¹ del contrato de aparcamiento por carecer de regulación propia en nuestro ordenamiento jurídico y realza la índole mixta del mismo pues su configuración contiene elementos del contrato de arrendamiento (parcela expedita donde estacionar) y elementos del contrato de depósito (obligación de restituir), junto con las demás prestaciones accesorias que se pacten.

analogías con otros contratos como el de arrendamiento de local de negocio y el de depósito, llevando implícita la obligación por parte del arrendador de vigilar y custodiar el automóvil en términos generales». En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia número 682/2005, de 21 de octubre.

²⁹ El contrato de depósito no aparece definido en el Código Civil, el artículo 1.758 hace referencia al momento en que queda constituido, esto es, desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla.

Respecto al contrato de arrendamiento de servicio, el Código Civil sí lo define en el artículo 1.544 cuando dice que en él una de las partes se obliga a prestar algún servicio a la otra por precio cierto.

³⁰ Sirven de ejemplo las SSTs de 8 de marzo de 1952 [RJ 1952\806], 4 de diciembre de 1961 [RJ 1961\4449], 6 de abril de 1965 [RJ 1965\1985] y 2 de julio de 1973 [RJ 1973\2930].

³¹ Sobre esta naturaleza atípica del contrato se pronuncia la Audiencia Provincial de La Coruña en Sentencia número 60/1997, de 4 de febrero, y la AP de Barcelona en Sentencia de 6 de mayo de 1998. También sobre este mismo extremo se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia número 682/2005, de 21 de octubre, que a su vez hace alusión a una Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 15 de marzo de 2000.

En idéntico sentido, se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia en la Sentencia número 48/2000, de 26 de enero ³². En ella se reitera el criterio acogido por la jurisprudencia en torno a la diferenciación del contrato de aparcamiento y el de garaje, viniendo a definir el contrato de aparcamiento (parking) como «*el contrato celebrado entre el titular del aparcamiento y usuario del vehículo que consiste en la ocupación, previo acceso permitido, de una plaza de estacionamiento por aquel según tarifas conocidas, que se abonan al retirarlo en función de las horas o días de permanencia. Obligaciones principales del usuario son la de pagar el canon ya que, en otro caso, no puede retirar el vehículo y obligaciones del titular son las de tener libre una plaza disponible para la ocupación y la de restitución del vehículo, cuando el cliente que ha pagado se disponga a retirarlo, con los consiguientes deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de la ocupación*». En idéntica dirección se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia número 124/2006, de 23 de febrero de 2006.

Acaba de hacerse referencia al contrato mixto y a la denominada teoría de la combinación, por lo que procede aquí hacer una mención a estos dos particulares antes de proseguir con el análisis de la cuestión examinada.

Precisamente una de las clasificaciones a las que se someten los contratos es la que distingue entre los llamados contratos típicos que son aquellos que tienen individualidad propia y se rigen por normas específicas contenidas en el ordenamiento jurídico y los denominados contratos atípicos respecto de los cuales el ordenamiento no ha predispuerto ni de forma absoluta ni relativa, una particular disciplina jurídica.

Los contratos atípicos surgen como consecuencia de las cambiantes necesidades económicas de evolución más rápida que los preceptos contenidos en las leyes. Precisamente cuando los contratos típicos no son suficientes para obtener las finalidades que pretenden las partes, estas, al amparo de la libertad contractual, crean nuevas fórmulas contractuales que no suponen, por tanto, un irregular proceso evolutivo en la materia de contratación, sino el normal desenvolvimiento de la vida jurídica y económica.

Lógicamente estos contratos se regirán, en primer lugar, por los acuerdos de las partes en tanto se ajusten a los límites que fija el artículo 1.255 del Código Civil; en segundo lugar, por las normas dispositivas de las figuras legales afines y por las generales de la contratación; en último lugar, resultarán de aplicación la costumbre y los principios generales del derecho.

Los contratos atípicos pueden, a su vez, subclasificarse en contratos que combinan diferentes modalidades contractuales dando lugar a los contratos unidos, múltiples o mixtos y los contratos que carecen de toda ordenación legal y no coinciden en ninguno de sus aspectos con los contratos regulados, dando lugar a los contratos totalmente atípicos o absolutamente innominados.

Precisamente y tratándose, el contrato de garaje, de un contrato mixto, conviene entrar, aunque sea solo de forma breve, en el análisis de esta modalidad contractual que se caracteriza por concurrir en ella, diversas prestaciones características de otros contratos típicos.

³² Recurso de Apelación número 326/1999.

La atipicidad radica aquí, en el conjunto que forman y no en la individualidad de los contratos en él integrados y es en relación a su naturaleza jurídica cuando la doctrina entra en debate por una falta de avenencia en sus posiciones ³³.

No hay una clasificación unánimemente admitida pero pueden distinguirse, dentro de los contratos mixtos, dos principales grupos de contratos, clasificación además admitida por la jurisprudencia. Según ella se podría hablar de contratos en los que hay combinación de prestaciones en relación de equivalencia, sin que una de ellas sea principal o preponderante frente a las demás y en segundo lugar cabría una modalidad de contratos en los que una de las prestaciones figura como principal y las demás figuran como accesorias o complementarias.

A la primera modalidad, el Tribunal Supremo, la denomina contrato complejo o mixto en su modalidad de combinado y, en el segundo, hay en cambio una prestación principal y otra subordinada.

Entiende la jurisprudencia que el contrato de garaje se incardina en el segundo grupo, esto es, aquel en el que en los contratos que a él pertenecen, hay un predominio de un elemento principal con prestaciones subordinadas de otro tipo.

La prestación es subordinada cuando, contemplada aisladamente, carece de toda entidad y finalidad económica ya que va dirigida a hacer posible la prestación principal. Es decir, la prestación subordinada o accesoria es un medio para la realización del fin principal del contrato.

El problema fundamental que plantean estos contratos mixtos es la determinación del régimen jurídico aplicable. La doctrina afirma que solo la intención de las partes contratantes puede dar un criterio positivo para resolver las dificultades y dudas que puedan surgir, reduciendo, por tanto, el problema de los contratos mixtos a una mera aplicación de los principios generales que regulan la formación e interpretación de los contratos.

Por su parte, la jurisprudencia declara preciso acudir, para su calificación, al espíritu que les informa, antes que al nombre que las partes le hayan dado, resolviendo los casos planteados según lo más conveniente, si bien se ha inclinado preferentemente por la regulación propia del elemento preponderante, que supone la aplicación analógica cuando haya de determinarse una sola regla para la totalidad del contrato.

No obstante lo dicho, la jurisprudencia parece que en ocasiones matiza este criterio inclinándose hacia la existencia de dos modalidades contractuales colocadas en grado de igualdad. Abona esta apreciación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 1 de diciembre de 1997 ³⁴ que muy oportunamente maneja la teoría de la combinación en sentido contrario a lo hasta aquí dicho, una dirección o perspectiva, a mi juicio muy acertada, cuando dice: «*Es cierto que hay sentencias*

³³ JORDANO dice que el contrato mixto es una síntesis y no una suma de diferentes elementos. LARENZ habla de contratos «mixtos típicos».

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona número 436/1997 (Sección 2.ª).

como la dictada por la AP de Madrid de fecha 14 abril de 1992 (AC 1992\570), que razonan que la jurisprudencia viene considerando el denominado "contrato de garaje", o más específicamente de aparcamiento de vehículos de motor, como un contrato complejo en el que se combinan un arrendamiento de bien inmueble –de la parcela del garaje– (art. 1.543 CC) y un depósito –del vehículo con el que se accede al aparcamiento– (art. 1.758 CC). Su autonomía conceptual deriva de que, en la combinación, pierden independencia los elementos combinados, fundiéndose en una prestación entera que se intercambia por una merced. Hay que matizar, entienden, dichas resoluciones, en el contrato simple de garaje y el complejo de aparcamiento, no solo por la necesidad epistemológica de diferenciar dos tipos de contratos con función económica próxima, destacando la complejidad del segundo al integrar el objeto prestacional dos bienes –parcela y vehículo– y no solo uno, sino además porque el contrato de aparcamiento, es un contrato normado, con legislación específica, distinta de la común».

También en idéntica dirección se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 6 de mayo de 1998 cuando dice: «Ciertamente no existe un criterio totalmente uniforme respecto a la naturaleza jurídica del contrato de garaje o aparcamiento. Una corriente doctrinal considera el contrato de aparcamiento de vehículos de motor como un contrato atípico o complejo, con elementos comunes propios del arrendamiento de bienes inmuebles que se ciñe a la parcela o espacio de garaje, y que tiene su regulación jurídica en los artículos 1.542 y siguientes del CC, en cuanto que implica un uso determinado de carácter temporal y precio cierto; y otros elementos propios del contrato de depósito regulado en los artículos 1.758 y siguientes del citado Cuerpo Legal, constituyendo el vehículo que se deja en aparcamiento, en la cosa que se deja en depósito, con los deberes de guarda y restitución. Esta combinación adquiere una identidad propia, independiente de los elementos combinados, surgiendo una relación jurídico sustantiva nueva, por la que se deposita un bien mueble dentro de un espacio ajeno, cuyo uso se cede temporalmente, obligándose una de las partes al pago de precio cierto y la otra a la cesión del uso temporal exclusivo. Este contrato complejo, según este criterio, vendría sometido a la legislación específica de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984».

Por su parte la Audiencia Provincial de La Coruña en Sentencia de 4 de febrero de 1997³⁵ dispone, en relación a este particular, lo siguiente: «(...) no existe diferencia jurídica entre el contrato de garaje y el de aparcamiento porque en ambos se genera la expectativa legítima del propietario de recuperar su coche cuando decide recogerlo, y para cumplir con ese deber de restitución quien percibe la retribución ha de ejercer tareas de vigilancia y guarda del vehículo (...)».

Tratando por lo tanto de aproximarnos a una diferenciación entre ambas figuras jurídicas, podría decirse que en el contrato de aparcamiento se cede el uso de un espacio, de una parcela, donde estacionar el vehículo a cambio de precio fijado en atención al tiempo de uso de dicho espacio, y que viene vertebrado por las normas reguladoras del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles; y, por otro lado, el contrato de garaje podría calificarse como de contrato en el que se cede también una plaza para el estacionamiento de vehículo pero asumiendo a la vez, el arrendador, la obligación de custodia, vigilancia y actividades complementarias a cambio, también aquí, de un precio que se fija en atención

³⁵ Sentencia número 60/1997 (Sección 1.ª).

al tiempo de uso y disfrute de la plaza y servicios complementarios; combinando dicha modalidad, las normas reguladoras del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles ³⁶ con las del depósito ³⁷.

En conclusión, es dable apreciar de los distintos pronunciamientos jurisprudenciales y de las Audiencias Provinciales examinados una doble opción, la de considerar el contrato de garaje como una figura contractual afin al contrato de aparcamiento pero con diferencias sustanciales ³⁸; y, por otra parte, una segunda opción acogida también por las Audiencias Provinciales en la que se habla de un contrato complejo, abogando en ocasiones por la combinación aunque realzando la necesidad de tener siempre presente que nos hallamos ante dos modalidades contractuales con parecida finalidad económica pero uno, el aparcamiento, con regulación específica, distinta de la común e ínsita en la Ley 40/2002 y el otro, el garaje, algo más complejo por ensamblar caracteres de dos modalidades contractuales como son el arrendamiento de bienes inmuebles y el depósito ³⁹.

Lo hasta aquí expuesto, no hace sino abordar algunas notas relativas a la naturaleza jurídica de dos modalidades contractuales cuales son el contrato de aparcamiento y el contrato de garaje. No se trata, desde luego, de una cuestión anecdótica o meramente denominativa puesto que algunos de los particulares hasta aquí examinados adquieren una relevancia fundamental en otros derroteros, en particular cuando se tratan casos de sustracción de vehículo estacionado en parking y el consiguiente régimen de responsabilidad por parte de la persona o entidad explotadora del lugar en el que acaece el suceso. Pero lo que resulta fundamental ahora, es entrar a analizar con detalle suficiente lo referente al precio del contrato de aparcamiento y sobre todo, como se verá, lo atinente a la cláusula –hora «o fracción»–, expresión clara del redondeo al alza.

5.2. La cláusula –hora «o fracción»– en el cálculo del precio del contrato de aparcamiento.

Como se acaba de decir, el contrato de aparcamiento de vehículos aparece regulado en la Ley 40/2002, de 14 de noviembre. En ella se destaca que resulta de aplicación a los aparcamientos en los que una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular, para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación, a cambio de un precio determinado en función del tiempo de estacionamiento ⁴⁰.

La misma ley, en su exposición de motivos, se hace eco de la masificación del fenómeno del aparcamiento y de los consiguientes problemas derivados de la falta de desarrollo legislativo de la materia y se muestra especialmente atenta al fenómeno del aparcamiento público por entender que es el que origina un mayor número de conflictos pero, sin embargo, reduce toda alusión o referencia

³⁶ Artículos 1.543 y siguientes del Código Civil.

³⁷ Artículos 1.758 y siguientes del Código Civil.

³⁸ STS de 22 de octubre de 1996.

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 1 de diciembre de 1997, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de mayo de 1998 y Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 4 de febrero de 1997.

⁴⁰ Artículo 1 de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre.

al precio y a aspectos referentes a su cálculo con el mero alegato de que este se determinará «en función del tiempo de estacionamiento».

Precisamente a lo largo de los últimos años se han reiterado denuncias y quejas relacionadas con el llamado *redondeo* en el cobro de precios en el estacionamiento de vehículos, lo que equivale a pagar más del tiempo real de aparcamiento.

Entre estas denuncias y reclamaciones es de destacar la que patrocina el Instituto Nacional del Consumo (en adelante INC) contra un grupo de empresas explotadoras de aparcamientos públicos y que da lugar a la importante Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 565/2005, de 8 de septiembre ⁴¹.

La acción que entabla el INC es una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios al amparo del artículo 16.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998\960), sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y del artículo 10 ter.3.a.9 ⁴² de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984\1906), General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU).

Con esta acción, abordada con detenimiento en capítulos anteriores, el INC pretende obtener el cese de la utilización de la cláusula consistente en introducir en los aparcamientos públicos, al fijar el precio, junto a la palabra hora (o media hora), la expresión «o fracción» o, sin tal inclusión, el cobro en la práctica de una hora (o media hora) íntegra aunque no se estacione el vehículo durante ese tiempo completo, alegando para ello, que se trata de una cláusula abusiva y condición general nula, incluida en el ámbito de la LCGC y de la LGDCU y no tratarse de un elemento esencial del contrato.

En su argumentación el INC se apoya en criterios empleados en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid, de 11 de septiembre de 2001, confirmada por la de 10 de octubre de 2002 (AC 2002\1417), de la Audiencia Provincial de Madrid, relativa a la nulidad de la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés que determinada entidad bancaria incluía en los contratos de préstamo hipotecario a tipo variable, sin contemplar la posibilidad de redondeo a la baja.

En sus alegatos, considera el INC que el *redondeo al alza* produce un perjuicio al consumidor que ocasiona un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes en contra de las exigencias de la buena fe, provoca el enriquecimiento injustificado del empresario e incrementa notablemente el precio del servicio ya que en la casi totalidad de los supuestos el usuario abona el precio por un tiempo superior al que realmente permanece estacionado su vehículo, pudiendo, además, incardinarse la cláusula en alguno de los supuestos previstos en el ordinal 23 –imposición al consumidor de bienes o servicios complementarios no solicitados– y en el 24 –incrementos de precio por servicios accesorios o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso– y reconociendo que la tecnología actual, permite ajustar los parámetros por los que las máquinas automáticas cobran por los servicios prestados realmente e incluso facilitar el cambio requerido.

⁴¹ Recurso de Apelación número 445/2004.

⁴² Este precepto fue modificado y adicionado por la Ley 39/2002, de 28 de octubre (RCL 2002\2482).

La sentencia de instancia declaró nula la cláusula «o fracción» por abusiva aplicando el artículo 10 bis de la LGDCU, en relación con el artículo 12.2 de la LCGC y la Directiva 13/93/CEE y estimó la demanda⁴³ razonando que la Ley 40/2002 no contempla, ni admite, la cláusula objeto de litigio, por lo que no resulta de aplicación el artículo 4.2 de la LGDCU, y que el principio de libertad de pacto encuentra sus límites en el respeto a la ley imperativa o necesaria, a las buenas costumbres, el orden público y la buena fe, atendiendo al fin del conjunto negocial conforme al fin económico y social del contrato y al interés o satisfacción del resultado perseguido por las partes, principios generales informadores que residen no solo en el Código Civil sino también en las leyes especiales, entre ellas la LGDCU, cuyo contenido sirve de parámetro interpretativo de la autonomía negocial del artículo 1.255 del Código Civil⁴⁴, como correctivo de las desigualdades producidas por la contratación en masa y a través de contratos tipo o de adhesión⁴⁵ y con el fin de evitar toda posible indefensión jurídica de los usuarios de los servicios. La cláusula en cuestión no puede entenderse como un elemento esencial en el contrato, como integrante del precio, pues en el contrato de aparcamiento los elementos esenciales son las obligaciones de garaje y de custodia y el pago del precio y este se determina –según al art. 1 Ley 40/2002 reguladora del contrato de aparcamiento–, en función del tiempo de estacionamiento,

⁴³ Hay que recordar que en la fecha, a pesar de que la Directiva 13/93/CEE preveía como data límite a efectos de la trasposición de la misma en el ordenamiento interno el 31 de diciembre de 1994, la Directiva no había sido introducida al ordenamiento español en su integridad. Si es verdad que lo estaba parcialmente pues, como se ha venido diciendo con anterioridad, se había procedido a la modificación de numerosos preceptos de la LGDCU y de la LCGC. Todo lo predicho lleva a recordar que en puridad y tal y como acertadamente recalca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos número 92/2001, de 15 de febrero, la Directiva no traspuesta no puede ser fuente directa de obligaciones entre particulares; el particular no puede fundar en la Directiva en sí misma un derecho frente a otro particular e invocarlo ante un órgano jurisdiccional nacional; sin embargo, el Juez nacional, como poder del Estado destinatario de la Directiva –párrafo 3.º del art. 189 del TCEE–, queda obligado, en virtud de la obligación genérica impuesta por el artículo 5 del TCEE, a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación en el marco de sus competencias, como declara la Sentencia de 26 de febrero de 1986 (TJCE 1986, 47), del caso Marshall y, por tanto, como declaran las Sentencias de 13 de noviembre de 1990 (TJCE 1991, 78) –Caso Marleasing– y 14 de julio de 1994 (TJCE 1994, 125) –Caso Faccini Dori–, está obligado, cuando aplica disposiciones de derecho nacional, sean anteriores o posteriores a la Directiva, a interpretarlas en lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva. Es decir, está obligado a buscar «el efecto útil» de la Directiva, pero dentro de sus competencias, que son estrictamente las de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, si el fin útil de la Directiva no pudiera alcanzarse mediante la interpretación del derecho interno, el Juez ha de desestimar la petición del particular al que la Directiva atribuye derechos, que habrá, en todo caso, de reclamar al Estado miembro los daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento de la obligación de trasposición en el plazo de la Directiva –Sentencias de 19 de noviembre de 1991 (TJCE 1991, 296) caso Francovich, Faccini Dori y de 7 de marzo de 1996 (TJCE 1996, 42) Caso El Corte Inglés–.

⁴⁴ Artículo 1.255 del Código Civil: «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».

⁴⁵ La denominación de «contratos de adhesión» es de origen francés. Concretamente, fue empleada por el tratadista SALEILLES en el año 1901 trascendiendo después al derecho anglosajón donde se habla de «adhesion contract».

Se definen como contratos en que el contenido o condiciones de la reglamentación son obra de una sola de las partes, de tal modo que al otro contratante solo le está permitido manifestar su aceptación o eventualmente su rechazo.

Sus notas más características son:

1. Que están redactados de manera uniforme y el contenido por lo tanto es inalterable por ajustarse a un modelo estándar.
2. Con ellos se da respuesta masiva a la demanda también masiva de bienes o servicios determinados de forma que el cliente ha de tomarlo o dejarlo «take it or leave it».
3. La oferta existe de un modo permanente y general, lo que significa que el oferente no se preocupa de elegir a la otra parte contratante y el cliente, por su parte, en ocasiones tampoco puede elegir, sobre todo en situaciones de monopolio, de hecho o de derecho.
4. Con todo lo dicho resulta pues, que las partes no están situadas en pie de igualdad. Hay un desequilibrio entre los contratantes lo que en derecho anglosajón recibe el nombre de «bargaining power».

pero la relación precio-tiempo de estacionamiento viene determinada por el tiempo real de estacionamiento y no por este más «un plus» que la empresa titular tenga a bien establecer, de modo que el tiempo real de estacionamiento que constituye la referencia legal para el cálculo del precio no es otro que el real y la operación de sumar al tiempo real la fracción, el resto hasta completar la hora (o media hora, en su caso), no es elemento esencial del contrato sino una conducta añadida que produce un incremento de la ecuación legal tiempo-precio y que carece de justificación como elemento esencial del negocio; la cláusula constituye, a juicio del Tribunal, una condición general de la contratación incorporada a un contrato de adhesión y predispuesta, ya que si bien cabe negociación individual en determinados casos, la cláusula es de aplicación automática en todas aquellas estancias inferiores a un día que constituyen el uso ordinario y frecuente de los estacionamientos públicos; el Tribunal pone de manifiesto la clara situación de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes y termina invocando la STS de 7 de julio de 1999 (RJ 1999\4988) al alegar que el sistema de economía de mercado no puede significar la falta de toda protección para los que en él operan como consumidores y usuarios y que la libertad en la fijación de los precios no es el valor central que haya que salvaguardar a todo trance con sacrificio de otros intereses personales y sociales.

Ante tales alegatos realizados por el Tribunal de instancia, las empresas codemandadas interponen recurso de apelación cuya resolución es la ya citada de 8 de septiembre de 2005.

Abonan su pretensión argumentos, a mi juicio poco sólidos, como el que el punto de partida sea la libertad de fijación de los precios de los aparcamientos públicos explotados por empresas privadas, como se deduce del artículo 3.1 d) de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, cuando dice: «*Obligaciones del titular del aparcamiento: En los aparcamientos objeto de esta ley, su titular deberá: (...) d) Indicar de manera fácilmente perceptible los precios, horarios y las normas de uso y funcionamiento del aparcamiento, que podrá establecer libremente*» y entienden las codemandadas que si hay libertad de fijación de precios también la hay respecto de los criterios para su establecimiento, con tal de que éstos queden indicados de manera claramente perceptible.

Consideran, por otra parte, que la cláusula es un elemento esencial del contrato como referencia integrante del precio y por ello sujeta al principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, no es pues, a su entender, una condición general de la contratación. Para abonar este argumento citan el contenido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que dice: «*no quedan sometidos al control del contenido aquellas cláusulas que se refieran a elementos esenciales del contrato, en concreto las que se refieran a la definición del objeto general del contrato ni la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida por otra*». Entienden que legitimar a los Jueces para controlar la justicia o razonabilidad de los precios o prestaciones con carácter general y con base en una cláusula general, es la contrariedad a la exigencia de la buena fe y para toda clase de productos o servicios es inconstitucional por atentar contra los artículos 10.1 y 38 de la Constitución Española (RCL 1978\2836)⁴⁶, ya que la determinación del contenido del contrato ya no quedaría en manos de las partes, sino en manos del Juez,

⁴⁶ Artículo 10.1 de la Constitución Española: «*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*».

la libertad contractual quedaría vacía de contenido y el Juez no actuaría sometido a la ley por la sencilla razón de que no hay precios en la ley que permitan valorar si el recogido en un contrato es abusivo o no y porque sobre la justicia de los precios, decide el mercado y no un Juez.

Consideran que no existe abuso en las condiciones contractuales discutidas ya que, siendo los elementos necesarios para enjuiciar la abusividad de una cláusula que esta se produzca en contra de la exigencia de la buena fe, cause desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes y se trate de una estipulación no negociada individualmente, no concurre el primero de los requisitos; buena fe en sentido objetivo es un comportamiento objetivo y leal y la decisión de plegarse a un modelo que puede considerarse como honesto y generalmente aceptado, y esto es lo que ha ocurrido, pues la cláusula «o fracción» tiene su origen histórico en las concesiones administrativas otorgadas por los Ayuntamientos a las empresas explotadoras de aparcamientos en régimen de concesión y una fórmula inventada por la Administración y utilizada por mandato de ella por sus concesionarios, difícilmente puede ser considerada como contraria a la buena fe; además, es utilizada en la mayor parte de los países del mundo en los que existen aparcamientos en régimen de explotación por los empresarios privados; existe contraprestación cualquiera que sea el modo en que se haya calculado el precio y no existe sobreprecio porque es el precio pactado; se olvidan los intereses legítimos de los empresarios que calculan los costes y rendimientos de la explotación tomando en consideración también el tiempo en que permanecen vacíos no por falta de clientes, sino porque las rotaciones exigen tiempos muertos. No hay pues, dicen las codemandadas, en la LGDCU, cobertura legal para enjuiciar la pretendida abusividad.

Respecto a otro de los argumentos esgrimidos por las demandadas, esto es, la libertad para la fijación de los precios de los aparcamientos, el Tribunal la considera absolutamente legitimada por ser el precio un elemento esencial del contrato según el artículo 1 de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, un precio que debe fijarse en atención al tiempo de estacionamiento pues este es el tenor literal de dicho precepto⁴⁷. Por otra parte, advierte el Tribunal, que la cláusula que determina el precio libremente, en función del tiempo de estacionamiento, no es la cuestionada, en cuanto se refiere al tiempo real (por hora o media hora), pues es irreprochable, no en cambio la cláusula «o fracción», que la citada ley ni contempla ni admite.

Precisamente en este sentido, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril (LCEur 1993\1071) establece en su artículo 4.2: «*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*».

Artículo 38 de la Constitución Española: «*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*».

⁴⁷ El artículo 1 de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, define el contrato de aparcamiento como aquel en que «*una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular, para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación, a cambio de un precio determinado en función del tiempo de estacionamiento*».

Y en la misma dirección el Tribunal ratifica la apreciación realizada por las demandadas en relación al eventual control judicial de la justicia o razonabilidad de los precios y prestaciones con carácter general que resultaría inconstitucional por atentar contra los artículos 10.1 y 38 de la Constitución Española (RCL 1978\2836), pues la determinación del contenido del contrato ya no quedaría en manos de las partes, sino en manos del Juez, quedando vacía de contenido la libertad contractual. Ahora bien, lo hasta aquí dicho no impide, un control de contenido de algunos aspectos relativos a elementos esenciales del contrato, como la forma de determinación del precio cuando esta sea arbitraria en perjuicio del consumidor o usuario sin justificación objetiva, pues el Anexo de la Directiva 13/93/CEE relaciona como cláusula abusiva alguna que afecta a la forma de estipular el precio [(apdo. 1 letra l)] que se corresponde con la definida en el apartado 7, párrafo 1.º, de la disposición adicional primera.1 de la LGDCU de 1984; relación que constituye una enumeración indicativa, no cerrada, de modo que, aunque el supuesto de hecho litigioso no coincida con el previsto en ella, permite sostener que existe posibilidad de control si el procedimiento de fijación del precio es abusivo e injustificado, no del precio en sí.

En su pronunciamiento el Tribunal centra su atención en torno al que es el eje vertebrador de la discusión, determinar si la cláusula «o fracción» delimita un elemento esencial del contrato⁴⁸, es decir, regula el precio, con la particularidad de que existe reconocimiento legal de la libertad para su fijación y por ello, no queda sujeta al control de contenido específico conforme a la LCGC y a la LGDCU, al entenderse aplicable directamente, el artículo 4.2 de la Directiva 13/93/CEE, de 5 de abril, y quedar al margen de ese control, en lo que atañe a su posible carácter abusivo; o, si por el contrario, no delimita un elemento esencial del contrato limitándose a «afectarle» sin regularlo directamente, en cuyo caso quedará sujeta al control conforme a las leyes antes citadas y al enjuiciamiento sobre su posible carácter abusivo, ya que lo que queda al margen de dicho control de contenido es únicamente la adecuación entre el precio que debe abonar el usuario consumidor y los servicios o bienes que recibe como contraprestación; exención de control que descansa en la inexistencia de norma que establezca el derecho al justo precio, acorde con el sistema económico de mercado consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española y, en el contrato de aparcamiento, en el artículo 3.1 d) de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, que establece la libertad en la determinación del precio.

Como acertadamente recuerda el Tribunal, son condiciones generales de la contratación las cláusulas ya preparadas previamente, predispuestas por un profesional para ser utilizadas en la contratación propia de su actividad profesional o empresarial e impuestas por dicho profesional a sus clientes en los contratos que celebre (arts. 1 y 2.1 LCGC). El requisito de la imposición se concreta en la inexistencia de una negociación individual y la adhesión es consecuencia de la imposición, esto es, de la falta de negociación individual. No existe negociación individual de una cláusula cuando el adherente no haya podido influir sobre su contenido (art. 3.2 Directiva 13/93/CEE).

La cláusula litigiosa es una clara condición general de la contratación al concurrir los elementos de predisposición e imposición ya que el usuario se limita a adherirse.

⁴⁸ Según el artículo 1.261 del Código Civil: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes, 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato y 3.º Causa de la obligación que se establezca».

Cuando el usuario acude a un aparcamiento público ⁴⁹, lo que quiere es aparcar su vehículo y obtener su custodia y vigilancia por un tiempo variable abonando un precio conforme al precio real que dura el estacionamiento, no una cantidad adicional por un tiempo de estacionamiento ficticio hasta completar la unidad de tiempo tomada en consideración por el empresario para fijar el precio, que es lo que acontece con la cláusula litigiosa.

El precio determinado por el tiempo de estacionamiento al que se refiere la Ley 40/2002 es el tiempo de estacionamiento real, de efectiva ocupación del espacio que facilita el empresario, como se deduce del término «ocupación» que emplea el artículo y delimita temporalmente los deberes de custodia y vigilancia; en definitiva, desde su introducción en el garaje hasta su salida.

Con todos estos argumentos la Audiencia Provincial de Madrid consideró, ratificando así el criterio del Juez de Primera Instancia, que el elemento esencial según la ley es el precio fijado en función del tiempo de estacionamiento real o efectivo, al menos en la modalidad de aparcamiento más habitual (estacionamientos inferiores a un día), en la que lo pretendido es un estacionamiento en un espacio acotado, bajo vigilancia y custodia de la empresa titular de forma transitoria y puntual, distinta de aquellas otras modalidades en las que dicha custodia y vigilancia en espacio cerrado se concierne por períodos temporales prolongados y periódicos, en las que lo pretendido es la disponibilidad de la plaza de garaje, con independencia del tiempo en que efectivamente se estacione el vehículo, o del número de veces que se entre o salga del recinto, que no da lugar a un pago adicional, circunstancia que no concurre con la modalidad primera.

Las distintas modalidades no pueden ser tratadas de igual modo, ni como dice el Tribunal, no pueden extraerse consecuencias de una que no son válidas para la otra en perjuicio de los usuarios, ni cabe considerar elemento esencial del contrato la forma de determinación del precio en los términos que figuran en la cláusula litigiosa, «o fracción», para eximirla del control de contenido, porque esencial y exento de control, en la modalidad contractual considerada, es la ecuación precio-tiempo real o efectivo estacionamiento, y, por tanto, accesorio o no esencial, el incremento ficticio de este tiempo en un lapso temporal hasta alcanzar la unidad de medida de tiempo considerada para fijar el precio.

Todo cuanto hasta aquí se ha dicho no incide en absoluto en la libertad de precios reconocida legalmente, ni se entra a controlar la justicia o razonabilidad de los precios; los precios pueden tener el alcance que libremente fije el empresario en función del tiempo de ocupación real y efectivo de una plaza de aparcamiento y ello previa valoración de los tiempos de rotación y demás circunstancias que el empresario considere oportuno valorar, con el fin de obtener lo que es categóricamente lícito en el mercado, o sea, los beneficios. Lo que se controla es una condición general que afecta el precio, no a su regulación.

⁴⁹ Según los artículos 1 y 3.1 d) de la Ley 40/2002, que regula el régimen jurídico aplicable a los aparcamientos, «*el contrato de aparcamiento es aquella relación contractual en virtud de la cual una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular, para el estacionamiento de vehículos a motor; con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación, a cambio de un precio determinado libremente en función del tiempo de estacionamiento*».

Es legítimo y consustancial a un sistema de economía de mercado consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española la obtención de beneficios, pero siempre que no sea a costa de los legítimos intereses económicos de los consumidores, que por imperativo del artículo 51 de la Constitución Española ⁵⁰ deben los poderes públicos proteger, teniendo presente que es un principio que inspira el derecho comunitario –el de la protección de los derechos económicos de los consumidores–, conforme al cual los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos ⁵¹. El control de las cláusulas abusivas como mecanismo de protección de los consumidores, no puede ser tachado de contrario al artículo 38 de la Constitución Española, ya que como se reconoce en la STS de 7 de julio de 1999 (RJ 1999\4988), *«no se abriga ninguna duda de que el sistema de economía de mercado no puede significar la falta de toda protección para los que en él operan como consumidores y usuarios, y de que la libertad en la fijación de los precios no es el valor central que haya que salvaguardar a todo trance como sacrificio de otros intereses personales y sociales»*.

A juicio del Tribunal, los requisitos que han de concurrir para la declaración de abusividad de la cláusula son, que se produzca en contra de la exigencia de la buena fe, que cause desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes y que se trate de una estipulación no negociada individualmente ⁵².

La falta de negociación individual es, en definitiva, consecuencia del sistema automatizado de los aparcamientos y forma de contratar en la modalidad de ocupación inferior a un día. La doctrina expone que el contrato de adhesión es aquel en el que una de las partes establece un contenido prefijado, de tal modo que la conclusión del contrato no va precedida por una discusión del posible contenido del mismo por las partes contratantes; las cláusulas no pueden ser por más que aceptadas, y si los interesados desean contratar, han de hacerlo aceptando el contenido que con carácter inmodificable se da al contrato. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia ⁵³. Aplicando esta doctrina, recogida también en la STS de 21 de marzo de 2003, al supuesto presente, resulta evidente que

⁵⁰ Artículo 51 de la Constitución Española: *«1. 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. 2. 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 aquellos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales»*.

⁵¹ En este sentido, se expresan los considerandos octavo y noveno de la Directiva 13/93/CEE [LCEur 1993\1071].

⁵² Sirven de apoyo legal a esta reflexión, de una parte el artículo 8 de la LCGC: *«1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la LGDCU»*. Y de otra, el artículo 10 bis de la LGDCU que considera cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato y, en todo caso, los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la misma ley.

⁵³ STS de 28 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8435] y STS de 13 de noviembre de 1998 [RJ 1999\6578].

el contrato de aparcamiento, al menos en la modalidad que afecta a los usuarios en sentido legal, es un contrato de adhesión y la cláusula litigiosa no se negocia individualmente en esa modalidad.

Respecto a la buena fe contractual, el Tribunal, reiterando el criterio empleado por la jurisprudencia⁵⁴, la identifica con el hecho de dar al contrato cumplida y debida efectividad para la realización del fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales por parte de los interesados. Se considera que la cláusula litigiosa no se ajusta a la buena fe, pues entiende el Tribunal que no puede afirmarse que se trate de un comportamiento objetivo y leal, ni justo, adecuado y proporcionado al interés común de las partes la imposición al contratante débil, además del pago por la cesión efectiva de la plaza de aparcamiento, de una cantidad adicional hasta completar ficticiamente la unidad de medida del tiempo que determina el precio cuando, en la modalidad de aparcamiento a la que se adhieren los usuarios en sentido legal, la función económica tutelada por el ordenamiento jurídico no es la de obtener la disponibilidad de la plaza de aparcamiento por un período de tiempo determinado y prefijado de antemano, de ordinario, en lapsos temporales superiores al día, sino la ocupación por un período temporal variable, de ordinario, algunas horas, de una plaza no determinada en un local vigilado y custodiado por el prestador de servicios, retribuido con arreglo a esa ocupación.

Por último, destacar que el Tribunal no admite como argumento el que esgrimen las codemandadas, consistente en el empleo generalizado de la cláusula en cuestión, en la mayor parte de los países europeos.

Con todo ello, la Audiencia Provincial ratificó la sentencia de instancia dando la razón al INC.

Hasta aquí, la posición de los Tribunales españoles y en especial de la Audiencia Provincial de Madrid ante la cláusula «o fracción» empleada por un numerosísimo grupo de empresas explotadoras de parking. A partir de aquí, las reflexiones finales respecto a todo lo hasta aquí dicho.

6. REFLEXIONES FINALES

Con todo lo hasta aquí examinado no queda por menos que reivindicar una mayor atención del legislador en aras a una mejor tutela de los derechos de los consumidores y usuarios. Se hacen necesarias medidas de naturaleza administrativa pero también y sobre todo, de índole legislativa. Medidas concretas, precisas y sobre todo puntuales. Ello supondría evitar las tantas veces empleadas amalgamas legislativas que ensamblan modificaciones de otras leyes y disposiciones modificadas que no son sino la respuesta inadecuada de un sistema legislativo que, en ocasiones, no parece saber atender a las necesidades emergentes del tráfico económico preocupándose, eso sí, e incluso con carácter preventivo, en dar abrigo legal a cuestiones meramente adjetivas y etéreas.

⁵⁴ STS de 11 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9422], STS de 3 de diciembre de 1991 [RJ 1991\8906], STS de 9 de octubre de 1993 [RJ 1993\8174] y STS de 22 de marzo de 1994 [RJ 1994\2564].

¿Qué hay sino más importante que una adecuada previsión legal de los derechos de los consumidores y usuarios, de las acciones que les corresponden y de los casos en que procede su ejercicio?

La Ley 44/2006 no es sino un claro exponente de lo que un ordenamiento jurídico moderno y actual requiere, aunque eso sí, llegando a nuestro ordenamiento jurídico con algo de retraso –12 años para mayor precisión⁵⁵–. El acomodo que el derecho comunitario estaba experimentando en la mayoría de ordenamientos internos de los Estados miembros tras la entrada en vigor de la Directiva 93/13/CEE, no pareció constituir el acicate suficiente para conseguir una respuesta del legislador español; de poco sirvió pues, la vehemencia de los preceptos que conformaban esta Directiva a efectos de obtener una reacción legislativa firme y completa por parte de España.

A esta agrego una segunda demanda dirigida a los consumidores de una parte, rechazando la pasividad que casi todos nosotros terminamos demostrando ante la ejecución de prácticas contractuales indefendibles desde la óptica de la buena fe contractual y de otra, animando a la reivindicación y reclamación de la efectividad de nuestros derechos como consumidores.

Como se ha visto, el enfoque multidireccional dado a la materia hasta aquí examinada, obedece a la concatenación de las diferentes cuestiones analizadas.

El primero de los capítulos se ha dedicado al derecho comunitario, en especial a cuestiones que son de necesario trato para una correcta comprensión de lo que le ha sucedido. Las breves notas de derecho comunitario han servido de *prius* inexcusable al examen de la Ley 44/2006, la respuesta del legislador español a las exigencias comunitarias. A lo largo de los diferentes capítulos, la jurisprudencia ha constituido, como se ha podido ver, un apoyo esencial, verdaderamente el único junto a la legislación, a efectos de una mayor comprensión de lo que se ha venido exponiendo. La interpretación que de las normas legales hace la jurisprudencia es un criterio fundamental, pues no podemos olvidar que a pesar de no constituir fuente del derecho, la jurisprudencia es, a tenor del artículo 1.6 del Código Civil⁵⁶ un elemento integrador e informador del ordenamiento jurídico; de ahí, insisto, la especial atención que a lo largo de las páginas anteriores, se ha brindado a los pronunciamientos de Juzgados y Tribunales españoles.

Ahora bien, este análisis crítico no está reñido con una consideración positiva respecto del articulado de la Ley 44/2006. Una ley que, por lo que a la cláusula «hora o fracción» se refiere, supondrá la existencia, ahora sí, de la plena igualdad de actuación de todos los aparcamientos que utilicen la misma condición general ya que estos deberán actuar de acuerdo con la nueva previsión legal y que en caso de mantenerse, la cláusula será declarada nula.

⁵⁵ La Directiva 93/13/CEE establece en su artículo 10.1 que: «Los Estados miembros deberán adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en esta a más tardar el 31 de diciembre de 1994».

⁵⁶ Artículo 1.6 del Código Civil: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Como se ha visto, una de las cuestiones básicas es lo atinente a si la cláusula «o fracción» delimita un elemento esencial del contrato, es decir, el precio, no quedando sujeta, de ser así, al control de la LCGC ni a la LDGCU, o si, por el contrario, no delimita un elemento esencial del contrato ciñéndose únicamente a afectarle sin regularlo directamente, en cuyo caso quedaría sujeta, dicha cláusula, al control de las leyes citadas y sometida también a un enjuiciamiento sobre su posible carácter abusivo.

Después del planteamiento de dicha cuestión se ha procedido a examinar cuál es el trato dispensado por la nueva ley, dejando pues de abrigar, las referencias precitadas, las dudas que, hasta la entrada en vigor de la ley, imperaban en esta materia.

Como ya se examinó con detenimiento, la invocación de la existencia de una Directiva, en este caso la 93/13/CEE, no bastaba para su aplicación por parte de un órgano jurisdiccional. Era necesaria la trasposición completa de la misma al ordenamiento interno, hecho que se ha consumado con la promulgación de la Ley 44/2006. En este sentido, no hay más que recordar el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Burgos que en Sentencia de 15 de febrero de 2001 recordó que una Directiva no traspuesta no puede ser fuente directa de obligaciones entre particulares; el particular –decía la Audiencia Provincial–, no puede fundar en la Directiva en sí misma, un derecho frente a otro particular e invocarlo ante un órgano jurisdiccional nacional; sin embargo, el Juez nacional, como poder del Estado destinatario de la Directiva –párrafo 3.º del art. 189 TCEE–, queda obligado, en virtud de la obligación genérica impuesta por el artículo 5 del TCEE, a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación en el marco de sus competencias, como declara la Sentencia de 26 de febrero de 1986 (TJCE 1986, 47), del caso Marshall y, por tanto, como declaran las Sentencias de 13 de noviembre de 1990 (TJCE 1991, 78) –Caso Marleasing– y 14 de julio de 1994 (TJCE 1994, 125) –Caso Faccini Dori–, está obligado, cuando aplica disposiciones de derecho nacional, sean anteriores o posteriores a la Directiva, a interpretarlas en lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva. Es decir, está obligado a buscar «el efecto útil» de la Directiva, pero dentro de sus competencias, que son estrictamente las de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, si el fin útil de la Directiva no pudiera alcanzarse mediante la interpretación del derecho interno, el Juez ha de desestimar la petición del particular al que la Directiva atribuye derechos, que habrá, en todo caso, de reclamar al Estado miembro los daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento de la obligación de trasposición en el plazo de la Directiva –Sentencias de 19 de noviembre de 1991 (TJCE 1991, 296) caso Francovich, Faccini Dori y de 7 de marzo de 1996 (TJCE 1996, 42) Caso El Corte Inglés–.

Ha quedado demostrado pues, con todo lo hasta aquí dicho, que resultaba imperiosa la existencia de una disposición legal que diera cobertura legislativa a una materia de especial calado jurídico y económico como la presente y que, a su vez, pusiera fin a la parquedad legislativa que ha existido en nuestro ordenamiento hasta el momento de la promulgación de la Ley 44/2006, de 30 de diciembre.

7. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ABELLÁN, V. y BLANCA VILA, B. (dir.): *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. Ariel, Barcelona, 1998.
- ALBALADEJO: *El Negocio Jurídico*. Ed. Bosch, Barcelona, 1958.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., GONZÁLEZ VEGA, J. y FERNÁNDEZ PÉREZ, B.: *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 2000.
- BETTI: *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.^a ed. Torino, Utet, 1967.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual. Ed. Tecnos, Madrid, 1994.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Elementos de Derecho Civil, I Parte General Del Derecho Civil*, vol. III. El Derecho Subjetivo. Ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- LÓPEZ ESCUDERO, M. y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *Derecho Comunitario Material*. McGraw Hill, Madrid, 2000.
- MONTERO AROCA, J., FLORS MATIES, J. y LÓPEZ EBRI, G.: *Contestaciones al Programa de Derecho Procesal Civil para Acceso a las Carreras Judicial y Fiscal*, 4.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

8. LISTA CRONOLÓGICA DE LAS SENTENCIAS CITADAS

- Sentencia del TS de 10 de junio de 1929.
- Sentencia del TS de 8 de marzo de 1952 [RJ 1952\806].
- Sentencia del TS de 4 de diciembre de 1961 [RJ 1961\4449].
- Sentencia del TS de 6 de abril de 1965 [RJ 1965\1985].
- Sentencia del TS de 2 de julio de 1973 [RJ 1973\2930].
- Sentencia del TJCE de 26 de febrero de 1986. Caso Marshall [TJCE 1986, 47].
- Sentencia del TS de 11 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9422].
- Sentencia del TS de 24 de abril de 1990 (Sala 3.^a).
- Sentencia del TJCE de 19 de junio de 1990. Asunto Factortame.

Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990. Caso Marleasing [TJCE 1991, 78].

Sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1991. Caso Francovich [TJCE 1991, 296].

Sentencia del TS de 3 de diciembre de 1991 [RJ 1991\8906].

Sentencia del TS de 9 de octubre de 1993 [RJ 1993\8174].

Sentencia del TS de 22 de marzo de 1994 [RJ 1994\2564].

Sentencia del TJCE de 8 de junio de 1994. Comisión/Reino Unido, C-382/92 [TJCE 1994\96].

Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994. Caso Faccini Dori [TJCE 1994, 125].

Sentencia del TJCE de 7 de marzo de 1996. Caso El Corte Inglés [TJCE 1996, 42].

Sentencia del TS de 22 de octubre de 1996.

Sentencia de la AP de La Coruña número 60/97, de 4 de febrero (Sección 1.^a).

Sentencia del TJCE de 29 de mayo de 1997 Comisión/Reino Unido, C-300/95 [TJCE 1997\98].

Sentencia del TS de 28 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8435].

Sentencia de la AP de Girona número 436/1997, de 1 de diciembre (Sección 2.^a).

Sentencia de la AP de Barcelona de 6 de mayo de 1998 (Sección 11.^a).

Sentencia del TS de 13 de noviembre de 1998 [RJ 1998\6578].

Sentencia del TS de 17 de mayo de 1999.

Sentencia del TS de 7 de julio de 1999 [RJ 1999\4988].

Sentencia de la AP de Valencia número 48/2000, de 26 de enero.

Sentencia de la AP de Palencia de 15 de marzo de 2000.

Sentencia del TS número 550/2000, de 1 de junio.

Sentencia del TJCE de 27 junio de 2000. Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98 Océano Grupo Editorial y Salvat Editores.[TJCE 2000\144].

Sentencia de la AP de Burgos número 92/2001, de 15 de febrero.

Sentencia del TJCE de 10 de mayo de 2001. Comisión/Países Bajos, C-144/99 [TJCE 2001\131].

Sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia número 13 de Madrid, de 11 de septiembre de 2001.

Sentencia del TJCE de 24 de enero de 2002. Comisión/Italia. Asunto C-372/1999. [TJCE 2002\25].

Sentencia del TS número 197/2002, de 11 de marzo.

Sentencia del TS 277/2002 de 20 de marzo (Sala de lo Civil).

Sentencia del TJCE de 7 de mayo de 2002 Comisión/Suecia, C-478/99 [TJCE 2002\151].

Sentencia de la AP de Madrid de 10 de octubre de 2002 (AC 2002\1417).

Sentencia del TS de 21 de marzo de 2003.

Sentencia del TSJ de Navarra 9/2003 de 26 de marzo (Sala Civil y Penal).

Sentencia de la AP Sevilla de 22 de enero de 2004 (Sección 5.^a) Caso Opening.

Sentencia de la AP de Madrid número 15/2004, de 11 de mayo.

Sentencia del TJCE de 9 septiembre de 2004. Asunto C-70/2003.

Sentencia de la AP Alicante número 44/2005, de 2 de febrero (Sección 6.^a).

Sentencia de la AP Madrid número 565/2005, de 8 de septiembre.

Sentencia de la AP Madrid número 682/2005, de 21 de octubre (Sección 14.^a).

Sentencia de la AP Madrid número 71/2006, de 21 de febrero (Sección 11.^a).

Sentencia de la AP Barcelona número 124/2006, de 23 de febrero.