

FÉLIX GÓMEZ-HIDALGO TERÁN*Doctor en Derecho Civil
Abogado*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María del Carmen GETE ALONSO, doña María Teresa DE GISPERT PASTOR, don Agustín LUNA SERRANO, don Pedro MIROSA MARTÍNEZ, don Luis PUIG FERRIOL y doña Matilde VICENTE DÍAZ.

Extracto:

Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual son las exclusiones y las limitaciones de dicha responsabilidad, siendo ambas abusivas cuando excluyen o limitan de forma inadecuada los derechos legales del consumidor ante el incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso o tardío de sus obligaciones por parte del profesional, cuando excluyen o limitan la responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato por los daños causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o cuando le liberan de responsabilidad por la cesión del contrato a un tercero sin contar con el consentimiento del acreedor, si dicha cesión puede engendrar merma de las garantías de éste.

La alteración que supone introducir cláusulas excluyentes de la responsabilidad contractual en un negocio concluido mediante el cauce de la adhesión puede afectar a cualquiera de los elementos que conforman su estructura, entendiéndose por tales tanto la imputación objetiva del daño a la ausencia del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales como la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor. De una parte, las cláusulas que inciden en la imputación objetiva del daño están referidas a la relación de causalidad existente entre la actuación del predisponente y el daño provocado al adherente; mientras que, de otro lado, las cláusulas

.../...

.../...

que inciden en la imputación subjetiva del daño hacen mención a los diferentes criterios de imputación: bien sea a la esfera de control del deudor (incluyendo los subcriterios del hecho propio, del hecho de los auxiliares en el cumplimiento y la correcta organización de la actividad empresarial o profesional), al riesgo implícitamente asumido al contratar, a la culpa o negligencia y a la mora del deudor.

Las cláusulas limitativas de la cuantía económica a la que asciende la responsabilidad, con su propia autonomía, pueden quedar referidas tanto a los daños patrimoniales, independientemente de que la responsabilidad haya sido limitada directa o indirectamente, como a los daños morales, tanto si los mismos son previsibles en general como si lo son en concreto.

A pesar de la nítida diferenciación abstracta entre ambas modalidades de cláusulas, lo cierto es que las mismas se solapan con una gran frecuencia en la práctica, resultando de su convergencia estipulaciones que limitan cuantitativamente, ora por completo, ora en parte, la responsabilidad contractual del predisponente respecto a determinadas situaciones jurídicas que pueden alcanzarse en el desarrollo de la dinámica de la relación obligatoria.

Sumario:

Introducción.

1. Cláusulas que inciden en la imputación objetiva del daño.
2. Cláusulas sobre modificación de los criterios de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor.
 - 2.1. Criterio de la esfera de control del deudor.
 - 2.1.1. Subcriterio del hecho propio.
 - 2.1.2. Subcriterio del hecho de los auxiliares en el cumplimiento.
 - 2.1.3. Subcriterio de la correcta organización de la actividad empresarial o profesional.

- 2.2. Criterio del riesgo implícitamente asumido al contratar.
 - 2.3. Criterio de la culpa-negligencia.
 - 2.4. Criterio de la *mora debitoris*.
3. Cláusulas excluyentes de la responsabilidad respecto a determinados daños. Cláusulas limitativas de la responsabilidad.
 - 3.1. Limitación de los daños patrimoniales.
 - 3.1.1. Limitaciones directas.
 - 3.1.2. Limitaciones indirectas.
 - 3.2. Limitación de los daños morales.
 - 3.2.1. Daños morales previsibles en general.
 - 3.2.2. Daños morales previsibles en concreto.

INTRODUCCIÓN

En términos generales, las denominadas cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual son, aceptando el concepto introducido por N. ÁLVAREZ LATA [*Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, ed. Comares, Granada, 1998, pág. 11] a partir de una idea original de A. DE CUPIS [*El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, trad. esp. de la 2.^a ed. en italiano, ed. Bosch, Barcelona, 1975, pág. 496], todos aquellos acuerdos que modifican los principios dispositivos que, en orden a la obligación de resarcimiento, regulan la determinación y medida del daño indemnizable. El amplio mosaico de posibilidades de aparición de toda restricción de responsabilidad contractual puede clasificarse sencillamente distinguiendo las dos vías a través de las cuales se expresa contractualmente, que son, a saber, las exclusiones y las limitaciones.

Denominamos exclusiones de responsabilidad a las modificaciones de la regulación legal de naturaleza dispositiva encaminada a la determinación del daño indemnizable, las cuales consisten en la alteración, convencional y anticipada respecto a la producción del daño, de los presupuestos o requisitos legales cuya concurrencia es necesaria para la aplicación de las consecuencias normativas relativas a la responsabilidad civil contractual que pudiera recaer sobre el deudor, con el propósito último de evitar que en determinados supuestos el patrimonio de éste quede sujeto a aquélla conforme al derecho dispositivo supletorio. Se trata, atendiendo a la definición de F. JORDANO FRAGA [*Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual*, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 174, Septiembre-Diciembre 1984, pág. 619], de aquellos casos en los que, no obstante la infracción de la obligación porque el resultado debido no se realiza o no se realiza exactamente, la existencia del pacto exoneratorio excluye su misma relevancia a los efectos de la responsabilidad.

Las limitaciones de responsabilidad, en cambio, responden a la alteración de las normas de apreciación que rigen la medida del daño que debe ser indemnizado, y son aquellas convenciones mediante las cuales se establece la cuantía económica en que quedará cifrada la responsabilidad futura del deudor, por debajo del montante al que ascienden los daños efectivamente provocados y para el caso de que en ella se llegase a incurrir. Así pues, dice F. JORDANO FRAGA [*op. cit.*, pág. 619], la afirmación de la responsabilidad se opera conforme a los criterios legales, lo que ocurre es que, en este caso, el *quantum* de la responsabilidad se limita respecto de su medida normal con arreglo a los criterios legales de liquidación del daño (arts. 1.106 a 1.108 Código Civil [CC]).

A pesar de su clara diferenciación, lo cierto es que ambas modalidades se solapan con una gran frecuencia en la práctica, resultando de su convergencia estipulaciones que limitan cuantitativamente,

ora por completo, ora en parte, la responsabilidad contractual del predisponente respecto a determinadas situaciones jurídicas que pueden alcanzarse en el desarrollo de la dinámica de la relación obligatoria, lo cual no impide para que su mejor tratamiento sistemático aconseje optar por su disociación a efectos expositivos para posteriormente estudiar las limitaciones de responsabilidad como uno de tantos supuestos genéricos de exclusión de la misma, en concreto, el de aquellas cláusulas que niegan directamente que el predisponente sea responsable de la producción de determinados daños infligidos al consumidor o usuario como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito.

En sede de protección de los consumidores y usuarios frente a las cláusulas abusivas, el anexo I.a y I.b de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [Directiva 93/13/CEE] indica como tales, de una parte, aquellas que tengan por objeto o por efecto excluir o limitar la responsabilidad del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional y, de otra, aquellas que han sido predisuestas para excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional. A la par, la D.A. [Disposición Adicional] 1.^a II.9.^a y II.10.^a de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [LGDCU] otorga el carácter de abusivas a las cláusulas que excluyen o limitan de forma inadecuada los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional y a las que excluyen o limitan la responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero sin consentimiento del deudor (*rectius*: acreedor; *vid.*, como fundamento jurídico de ello, los arts. 1.205 y 1.527 CC), si puede engendrar merma de las garantías de éste.

Ante la incertidumbre que pueda suscitarse, es conveniente dejar patente que no son abusivas, sino directamente ilícitas, con independencia de su negociación individual y su inserción en contratos celebrados con consumidores, ciertas cláusulas excluyentes de la responsabilidad del predisponente. Pueden reseñarse como las más destacadas aquellas que se remiten a la actuación lesiva de carácter doloso, cuya imperatividad no cabe cuestionar a partir de la nulidad de la renuncia preventiva de la acción para hacerla efectiva (art. 1.102 CC); imperatividad que D. BELLO JANEIRO [*Cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en la Ley General de Consumidores y Usuarios, Revista General de Derecho, núm. 585, Junio 1993, pág. 5.651*] y M. MARTÍN CASALS [*La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado, Revista General de Derecho, núm. 658-659, Julio-Agosto 1999, pág. 9.435*] abogan por extender a los pactos limitativos respecto a todos aquellos daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1.107.2.º CC). También son dignas de mención las cláusulas, condiciones o estipulaciones que parten de un hecho causante de los daños tipificado como delito; por tratarse, según entiende S. DÍAZ ALABART [*Comentario al artículo 10.1 c), en R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Salas Hernández (Coordinadores), Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 290*], de un supuesto de interés público. En tercer lugar se pueden citar aquellas cláusulas que afectan a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad, a la libertad o a la dignidad de las personas; porque, tal y como asegura la doctrina mayoritaria (Así, F. JORDANO FRAGA [*La responsabilidad contractual, ed. Civitas, Madrid,*

1987, pág. 370 y *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 602], M. JIMÉNEZ HORWITZ [*La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 252] y M. MARTÍN CASALS [*op. cit.*, pág. 9.435], son contrarias al orden público (arts. 10 Constitución Española [CE] y 1.255 CC), o porque, como concluye M. GARCÍA AMIGO [*Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, ed. Tecnos, Madrid, 1965, pág. 163], no respetan las buenas costumbres o la moral (art. 1.255 CC), lo que hace que su mención en el anexo 1.ª Directiva 93/13/CEE y en la D.A. 1.ª II.10.ª LGDCU sea errónea. Entre otras posibles, deben señalarse, por último, aquellas estipulaciones contractuales que no son respetuosas con el régimen legal, imperativo o de *ius cogens* si nos atenemos a los estudios de A. MARINA GARCÍA-TUÑÓN [*La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1993, págs. 78 y 79] y de M.ª M. HERAS HERNÁNDEZ [*El modelo de responsabilidad civil de las entidades financieras en función de su profesionalidad*, Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 27, Diciembre 1998, pág. 239], relativo al pago de cheques falsos o falsificados (art. 156 Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque).

En sede de limitaciones de la responsabilidad, L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN [*Instituciones de Derecho Civil, Volumen I/2, Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, ed. Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1998, pág. 168] se decantan, con buen criterio y al margen de las consideraciones que acarrea el instituto de las cláusulas abusivas, por la nulidad de los pactos que, en la práctica, conduzcan a una exención total de dicha responsabilidad o que la dejen reducida a límites intolerables (art. 1.911 CC).

Un supuesto de difícil solución son las cláusulas restrictivas de la responsabilidad del deudor predisponente por un comportamiento doloso atribuible a sus auxiliares en el cumplimiento. Por un lado, F. JORDANO FRAGA [*La responsabilidad contractual cit.*, pág. 409] niega que se pueda exonerar en estos casos al deudor, por lo que tampoco tendría ningún sentido la declaración de abusividad de estas cláusulas; y, por otro, M. JIMÉNEZ HORWITZ [*op. cit.*, págs. 250 y 251], alegando la admisibilidad de la exclusión y la limitación por dolo del auxiliar en el ordenamiento jurídico alemán (parágrafo 278 CC alemán) y su correlativa consideración como cláusulas abusivas (art. 11.7 Ley alemana sobre condiciones generales de la contratación o AGB-Gesetz), se muestra partidaria de su abusividad porque cree evidente que, en la mayoría de los casos, normalmente, estos acuerdos se pactan en exclusivo interés o beneficio del predisponente. En cualquier caso, puede proponerse como solución indudable que todas las cláusulas de este estilo siempre son nulas si han sido predispuestas e impuestas en negocios concertados con consumidores o usuarios, ya sea con fundamento en su ilicitud de acuerdo con la normativa general o, de forma alternativa, en su abusividad.

En último lugar, las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual de carácter abusivo han de quedar bien delimitadas respecto de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad derivada de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos [LRCDPCD] y de los artículos 25 a 28 de la LGDCU. Comenzando por aquella, son imperativamente ineficaces frente al perjudicado, *ex* artículos 10.1 y 14 de la LRCDPCD, las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil en los supuestos de muerte y lesiones corporales, así como respecto a los daños causados en cosas distintas del propio producto

defectuoso, siempre que la cosa dañada se encuentre objetivamente destinada al uso o consumo y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el perjudicado; pudiendo ser resarcidos los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, conforme a la legislación civil general (*vid.* el art. 10.2 LRCDCPD), esto es, pudiendo ser abusiva la restricción del derecho del adherente a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le hayan causado. La indubitada imperatividad de los artículos 25 a 28 de la LGDCU también parece apuntar hacia la responsabilidad por muerte y lesiones que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios le irroge a los consumidores y usuarios de los mismos; especialmente, a la vista de los productos que, en todo caso, se consideran sometidos a este régimen legal de responsabilidad civil (*vid.* el art. 28.2 LGDCU). En todo caso, la difícilmente admisible interpretación armoniosa de los artículos 25 a 28 de la LGDCU con el resto del ordenamiento jurídico general que presenta a grandes rasgos R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO [*La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios, en A. Bercovitz y R. Bercovitz, Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 246*] nos lleva a dejar meramente indicado que el campo de aplicación de la institución de las cláusulas abusivas es incompatible con el ámbito abarcado por los artículos 25 a 28 de la LGDCU.

Por otra parte, la alteración que supone introducir cláusulas excluyentes de la responsabilidad contractual en un negocio concluido mediante el cauce de la adhesión puede afectar a cualquiera de los elementos que conforman su estructura, entendiendo por tales la imputación objetiva del daño a la ausencia del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales y la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor.

Aparte de ello, las cláusulas limitativas de la cuantía económica a la que asciende la responsabilidad, con su propia autonomía, pueden quedar referidas tanto a los daños patrimoniales como a los daños morales.

1. CLÁUSULAS QUE INCIDEN EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL DAÑO

Secundando la contribución personal de J.S. RIBEIRO [*Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais (DL núm. 446/85, de 25 de Outubro), Coimbra, 1992. Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra –«Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia»– 1984, pág. 30*] a este respecto, nos inclinamos a considerar abusivas aquellas condiciones no negociadas individualmente que alteran las reglas generales de imputación objetiva, a la falta de cumplimiento, de los daños infligidos al consumidor o usuario; alteración que puede efectuarse y se efectúa por medio de la incidencia en la relación de causalidad existente entre la actuación del predisponente y el daño provocado al adherente.

Semejante alteración puede consistir en la exigencia de que concurra un nexo inmediato y directo entre una y otro para que el predisponente sea responsable, negando tal condición del mismo en cualquier otro caso, como ciertamente sucede en algunos contratos de transporte terrestre de viajeros en autobús y de tarjeta telefónica, en los que se puede leer que la empresa transportista y emisora, res-

pectivamente, no responderá de los daños producidos por incumplimientos que no le sean directamente imputables, que no sean consecuencia directa del incumplimiento. Otra modalidad, muy parecida, es el requerimiento de una causalidad única, a través de la calificación de ciertos eventos, que objetivamente se encuadran como incumplimiento de obligaciones, como liberatorios del deudor.

Este tipo de acuerdos es abusivo, porque el resarcimiento de daños, sostiene A. VON TUHR [*Tratado de las obligaciones, Tomo I, trad. esp., ed. Reus, Madrid, 1934, pág. 61*], no exige necesariamente que el acto del responsable sea causa única y exclusiva del perjuicio, pues todo suceso de la vida y, por consiguiente, toda irrogación de un daño, surge de la coincidencia de varias circunstancias y responde, por tanto, a causas diversas, o porque, conforme a la precisa expresión del artículo 1.107.1.º del CC, los daños de que responde el deudor de buena fe son los que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación, es decir, los que, según F. PANTALEÓN [*Responsabilidad contractual (Derecho Civil), en A. Montoya Melgar (Director), Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen IV, ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 5.924 y 5.925*], y de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad, el contratante incumplidor contempló como posibles al tiempo de contratar y los que una persona razonable, al tiempo de contratar y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento.

L. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN [*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I. Introducción. Teoría del contrato, ed. Civitas, 5.ª ed., Madrid, 1996, pág. 382 y Volumen II. Las relaciones obligatorias, ed. Civitas, 5.ª ed., Madrid, 1996, pág. 617 y Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Ponencia General), en M. Clavero Arévalo, L. Díez-Picazo y Ponce de León, E. García de Enterría, F. Sánchez Calero y J.L. Segimón Escobedo (Coordinadores), Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, ed. Fundación BBV y Civitas, Madrid, 1996, pág. 43*] completa este esquema al resaltar, en primer lugar, que las cláusulas de limitación de la responsabilidad realizada mediante la determinación de los supuestos en que tal responsabilidad podrá derivarse son en principio válidas, salvo que hayan sido estipuladas mediante condiciones generales, siempre y cuando en ellas el deudor se libere de la responsabilidad nacida de una falta de cumplimiento, de un cumplimiento defectuoso o de un retraso, que hayan sido producidos por contingencias extrañas a su control, pero que no constituyan en rigor caso fortuito y que, por consiguiente, aplicando el régimen legal, determinarían una imposibilidad imputable de la satisfacción del derecho de crédito, y al proponer, posteriormente, la abusividad de la consideración como hechos fortuitos de determinadas circunstancias que no merezcan tal calificación; siendo muy habitual en la realidad contractual que dichas circunstancias se incluyan en los formularios previamente redactados mediante una denominación genérica que abarque situaciones que, en unos casos, son evitables y, en otros, inevitables, como, v.gr., las huelgas de trabajadores, los *facti principis* y los fenómenos y eventos naturales de todo tipo. Ya A.P. MONTEIRO [*Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 83, Curso 1993-1994, pág. 198*] había señalado, a este respecto, al margen de cuestiones de abusividad, que no conviene olvidar que la exoneración de responsabilidad puede obtenerse a través de cláusulas que anticipadamente califican ciertos acontecimientos como casos de fuerza mayor.

Ha de ser destacado que, en relación a estas concretas exclusiones, y desde la perspectiva del control abstracto y apriorístico del contenido de las condiciones generales de la contratación, las

particulares circunstancias consideradas como casos fortuitos tan sólo pueden caracterizarse como tales por su inevitabilidad, en ningún caso por su imprevisibilidad, puesto que están anticipadas con plena consciencia una vez han quedado expresamente recogidas en las previas condiciones generales; aunque ello no es óbice para que el hecho recogido en la cláusula declarada nula por abusiva tras no superar el control abstracto pueda posteriormente, al producirse imprevisiblemente en concreto, liberar al deudor de su obligación y, por ende, de responsabilidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.105 del CC. Con estos antecedentes, la abusividad de este conjunto de cláusulas podría soslayarse a través de una actividad interpretativa, siempre previa a la aplicación de las normas sobre el control de contenido y, en este caso, reconducible al aforismo *magis valeat quam pereat* o regla de entendimiento de la cláusula atendiendo al sentido más adecuado para que produzca efecto entre todos los posibles sentidos que dicha cláusula admita (art. 1.284 CC).

Tampoco podemos dejar de apuntar que es necesario distinguir, aunque ambas sean abusivas en la misma medida, entre las consideraciones y las presunciones de fortuito. Aquéllas tienen carácter sustancial, y estimamos que deben ser consideradas como exclusiones de responsabilidad; mientras que éstas son alteraciones de la distribución de la carga de la prueba con un meridiano carácter procesal, y, por lo tanto, son cláusulas a incluir, en su caso, tanto en el anexo 1.q Directiva 93/13/CEE como en la concordante D.A. 1.^a IV.19.^a de la LGDCU.

2. CLÁUSULAS SOBRE MODIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA DEL INCUMPLIMIENTO AL DEUDOR

2.1. Criterio de la esfera de control del deudor

2.1.1. Subcriterio del hecho propio

Consistiendo en la delimitación de los actos propios del deudor que provocan daños indemnizables al consumidor o usuario, la primordial finalidad perseguida mediante el recurso a esta modalidad de cláusulas es permitir al predisponente que infrinja o deje de observar alguna o algunas de las obligaciones contractuales que a él incumben legalmente sin tener que asumir la responsabilidad que lleva aparejada la violación de tal deber jurídico, *id est*, la falta de satisfacción típica u objetiva del correlativo derecho de crédito del consumidor o usuario, de su interés en el correcto cumplimiento de las prestaciones a recibir y la subsiguiente producción de los daños y perjuicios que a éste le han sido ocasionados con su conducta.

Es J.S. RIBEIRO [*op. cit.*, pág. 30] quien nos ha proporcionado las dos posibles variantes de cláusulas abusivas que quedan incluidas en el presente apartado.

Una primera es la directa identificación restrictiva de los comportamientos fundantes de la pretensión del adherente en orden a la exigencia de responsabilidad frente al predisponente, que, naturalmente, será una pretensión indemnizatoria de los daños y perjuicios infligidos.

Así, *v.gr.*, en los contratos de revelado de fotografía aparecen con cierta frecuencia cláusulas en virtud de las cuales el predisponente declina toda responsabilidad por la pérdida o por el accidente que puedan sufrir las películas durante su manipulación y transporte; cláusulas cuya abusividad ha sido confirmada por la Cour de Cassation francesa en su resolución de 14 de mayo de 1991 [*Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation. Jurisprudence, 1991, pág. 449*], resolviendo definitivamente un supuesto de pérdida de varias diapositivas por parte de un laboratorio fotográfico, porque considera, de forma bastante abstracta, que la cláusula en cuestión proporciona al empresario una ventaja excesiva.

También es posible ubicar en este lugar las cláusulas propias de billetes de avión por las cuales el transportista aéreo no garantiza los enlaces con otros vuelos. Es ésta la posibilidad ofrecida por la sentencia del Juzgado de primera Instancia núm. 2 de Oviedo de 24 de enero de 2000 [*Base de Datos Aranzadi, Jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional, Tribunal Económico-Administrativo Central y Audiencias Provinciales 1999-2000, núm. 2608/1999*], donde se señala la inoponibilidad del contenido de tales cláusulas frente a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la demora producida en un vuelo y por la consiguiente pérdida de otro vuelo posterior; daños que se concretan en los gastos de desplazamiento desde el aeropuerto al hotel, de alojamiento y cena y en los daños morales representados por el indudable trastorno ocasionado por tener que posponer el viaje proyectado hasta el día siguiente.

La segunda vertiente indicada por J.S. RIBEIRO [*op. cit., pág. 30*], que se encuentra en íntima conexión con las que la D.A. 1.^a V.20.^a de la LGDCU denomina declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, consiste en la declaración ficticia de que las prestaciones contractuales que obligatoriamente se encuentran a cargo del deudor han sido desarrolladas de manera regular.

Es el caso, tal y como propone M.^a S. QUICIOS MOLINA [*El Contrato Bancario de Cajas de Seguridad, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 143*], de las cláusulas, insertas en negocios bancarios de cajas de seguridad, que establecen que el cliente declara conocer y aceptar tanto las características de la concreta caja objeto del contrato como las excepcionales medidas de seguridad existentes en la sucursal de que se trate, manifestando su total y entera conformidad a las mismas; cláusulas cuya nulidad, por ir en contra del principio de la buena fe contractual, ya sostuvo E. GÁLVEZ DOMÍNGUEZ [*Régimen jurídico del servicio bancario de cajas de seguridad, ed. Comares, Granada, 1997, pág. 139*] a la luz del artículo 10.1.c de la LGDCU, vigente hasta la reforma practicada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, arguyendo que si el cliente recurre al banco para guardar sus objetos de valor en una caja de seguridad es precisamente en la convicción de que posee los medios materiales y la organización más eficaces que pueda encontrar para tal finalidad. Puede apostillarse que la convicción del adherente es lo que le lleva a confiar sus objetos al predisponente, y su confianza no puede verse truncada o debilitada por una declaración predispuesta e impuesta por el depositario en orden a concluir que el depositante conoce y acepta unas medidas de seguridad concretas,

de un nivel inferior al esperado por muy excepcionales que se diga que son. Además, se puede decir que esta declaración también supone la admisión, por parte del adherente, de la existencia de hechos fortuitos liberadores del predisponente allí donde no los hay; porque, si las medidas de seguridad son excepcionales, los daños causados a los bienes introducidos en la caja de seguridad han debido ser necesariamente provocados por un suceso extraordinario e importante.

También cuadran en la D.A. 1.^a V.20.^a de la LGDCU las cláusulas de contratos de tarjeta bancaria que atribuyen al silencio del cliente la cualidad de declaración ficticia de recepción o de declaración de conformidad sobre un hecho ficticio en aquellos casos en los que, remitida al usuario una tarjeta bancaria que renueva o sustituye a otra anterior, se entiende que, llegada la fecha de caducidad de la tarjeta sustituida o transcurridos algunos días desde tal fecha sin que el predisponente reciba una declaración del adherente mediante la cual se indique todo lo contrario, la nueva tarjeta obra en poder de su titular y, por lo tanto, queda plenamente operativa a todos sus efectos. Si tomamos como referencia para resolver la cuestión el deber del predisponente, impuesto por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España [*Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente a los años 1996, pág. 80, y 1999, pág. 83*], de arbitrar las medidas necesarias para garantizar la recepción de las tarjetas por los legítimos destinatarios de las mismas y para dejar constancia de que la entrega se haya efectuado o, alternativamente, de asumir las consecuencias derivadas de la situación de riesgo creada por la entidad financiera con la elección de un sistema inadecuado, entonces cabe afirmar que todas las operaciones de extracción de numerario y otras similares que puedan realizar terceros que, no estando autorizados para utilizar la tarjeta, la hubiesen interceptado, una vez se le otorgue operatividad a la misma sin que el predisponente haya contrastado suficientemente su posesión por parte del titular, son de cuenta y riesgo del propio predisponente y su traslado hasta el patrimonio del usuario de este concreto servicio bancario mediante una cláusula predispuesta e impuesta que concede un determinado valor a su silencio ha de reputarse nulo por abusivo.

Aun cuando la necesaria condición empresarial o profesional del adherente (*vid.*, al respecto, la D.A. 7.^a 1.1.^o de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito) impide considerar abusivas las cláusulas predispuestas e impuestas en los contratos de arrendamiento financiero o *leasing*, pueden mencionarse, a título puramente ilustrativo y didáctico, como condiciones generales a incluir en este apartado aquellas en las que se estipula que, una vez celebrado el contrato, la sociedad arrendadora ya ha dado íntegro y correcto cumplimiento a todas las obligaciones adquiridas en virtud del presente contrato, salvo transferir el dominio en el supuesto de ejercicio de opción de compra por el arrendatario, por lo que no es posible prever incumplimiento alguno por parte de aquélla al haberse agotado la ejecución de cuantas prestaciones venía obligada a satisfacer, de tal forma que, consecuentemente, el cliente libera al arrendador de toda responsabilidad.

2.1.2. Subcriterio del hecho de los auxiliares en el cumplimiento

Entre los actos lesivos del derecho de crédito del adherente se comprenden no sólo los realizados por el predisponente, sino que también es posible predicar, de acuerdo con la sugerencia de L. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN [*Fundamentos cit., Volumen I, pág. 382 y Las condiciones cit., pág. 43*],

la abusividad de las cláusulas que exoneran de responsabilidad al predisponente por los hechos determinantes de un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso que sean debidos a la acción de terceras personas de quienes el predisponente se haya servido como mandatarios o auxiliares en el cumplimiento. Resulta aquí indiferente, observa F. PANTALEÓN PRIETO [*Responsabilidad por hecho ajeno, en A. Montoya Melgar (Director), Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen IV, ed. Civitas, Madrid, 1995, Volumen IV, pág. 5.958*] con excelente criterio, que entre el deudor y el auxiliar en el cumplimiento exista o no una relación de dependencia.

El principio general fundamental del que se parte, según asegura una corriente o línea doctrinal, excelentemente representada en este capítulo, entre otros, por F. BADOSA COLL [*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, págs. 769 y 770*], F. PANTALEÓN [*El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate), Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIV, Fascículo III, Julio-Septiembre 1991, pág. 1.058*] y F. JORDANO FRAGA [*La responsabilidad del deudor cit., págs. 499 y 523*], propugna de forma abierta que el deudor responde contractualmente frente a su acreedor por su auxiliar en el cumplimiento, esto es, indirectamente o por otro, en las mismas condiciones, con los mismos límites y con la misma extensión en que y con que habría respondido personalmente frente a su acreedor dañado, de haber realizado él mismo en persona idéntica conducta lesiva a la que ha desplegado su auxiliar, a quien encomendó las actividades de cumplimiento de su propia obligación; es decir, el principal es responsable si, de haber actuado personalmente como lo ha hecho su auxiliar, ello habría significado su responsabilidad contractual personal. Habrá, por tanto, prosigue F. JORDANO FRAGA [*La responsabilidad del deudor cit., pág. 505*], infracción de la obligación del deudor, por causa de la conducta, activa u omisiva, de sus auxiliares de cumplimiento, cuando de ésta resulte la falta absoluta de cumplimiento de aquélla, su parcial, su inexacta o su retrasada realización, siempre por relación a lo debido por el deudor; o cuando de tal conducta resulte para el acreedor un daño en un interés no prestacional pero igualmente cubierto o protegido por la obligación del deudor, en un interés creditorio de protección, de tal forma que, de haberlo causado personalmente el deudor, habría éste respondido contractualmente de forma personal.

El fundamento jurídico último de la aplicación de esta tesis a los contratos que son celebrados con consumidores o usuarios mediante condiciones generales de la contratación u otros sistemas que prescindan de la negociación individual del contenido contractual, cuya consecuencia es la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas que contradigan el principio reseñado, no es ni más ni menos que el justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en franca correlación con el principio de la buena fe, derivado del desarrollo jurisprudencial del Derecho. Así parece desprenderse de la doctrina vertida por el Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de junio de 1989 [*RAJ núm. 4776/1989*] y de 1 de marzo de 1990 [*RAJ núm. 1656/1990*], a pesar de que en ellas no resuelve acerca de contratos de adhesión, cuando deduce la responsabilidad del principal por los actos de sus auxiliares como consecuencia obligada del principio *cuius est commodum, eius est periculum*, pues el cliente confía en la formalidad y en la reputación negocial de aquel con quien contrata, y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de sus auxiliares; de ahí la obligación de garantía que ha de asumir el principal, el deudor contractual, por la conducta regular de sus empleados, encargados por él de la preparación y ejecución de la prestación debida.

Ejemplo concreto de cláusula excluyente de la responsabilidad contractual por hecho ajeno, en este caso omisivo y proveniente de un auxiliar independiente, es aquella que, estando incorporada a contratos de tarjeta bancaria de débito o crédito, excluye la responsabilidad de la entidad financiera emisora con motivo de la ausencia de atención de la misma por parte de los establecimientos comerciales concertados o afiliados al sistema de pago con tarjeta. En un plano netamente doctrinal, J.L. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ y L.M. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ [*La tarjeta de crédito. Derecho Comunitario Europeo. Doctrina y Formularios*, ed. Comares, Granada, 1993, pág. 73] quedan sorprendidos ante esta exoneración, a la vista del hoy modificado artículo 10.1.c.6.º de la LGDCU, porque a lo que da derecho la tarjeta es, precisamente, a poder ser utilizada en todos los establecimientos adheridos al sistema; R. SARAZÁ JIMENA [*Problemática de los contratos bancarios y financieros en relación a los consumidores y usuarios. Cuestiones prácticas que se presentan en la jurisdicción civil, Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º XXIII, Contratos Bancarios y Financieros, 1993, págs. 245 y 246], por su parte, reconduce estas cláusulas al mismo precepto, por cuanto no aluden a una falta de atención puntual en un concreto establecimiento, sino que generalizan la incidencia; y M.ª V. PETIT LAVALL [*La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 150], C. BARUTEL MANAUT [*Las tarjetas de pago y crédito*, ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 404] y F. BAÑEGIL ESPINOSA [*Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores*, Actualidad Civil, 2000-2, pág. 733] también han considerado la presente estipulación contractual nula por abusiva en la parte necesaria.

También en la práctica totalidad de los formularios de contratos de compraventa de vehículos automóviles que han sido objeto de prospección se excluye todo género de responsabilidad del fabricante derivada de actos u omisiones del vendedor, sus empleados o sus agentes.

2.1.3. Subcriterio de la correcta organización de la actividad empresarial o profesional

Al margen de la responsabilidad que nace tanto de las acciones u omisiones del predisponente como de los auxiliares, dependientes o independientes, que utiliza en el cumplimiento, aquél también es responsable de los daños que llega a sufrir el consumidor o usuario y que son generados por sucesos que se encuentran en la esfera de control y riesgo del primero, es decir, que son puestos a su cargo a la luz de la distribución prevista por la legislación dispositiva que se encarga de reglamentar este problema, siendo abusivo su traslado a éste mediante estipulaciones incorporadas al contrato sin haber sido objeto de negociación individual.

Para F. PANTALEÓN [*El sistema cit.*, pág. 1.069], quien se muestra de acuerdo con H. STOLL en este apartado, el deudor responderá, como regla, del estado de los elementos materiales utilizados en su actividad empresarial o profesional y, en definitiva, de la correcta organización y del buen funcionamiento de la misma.

Paradigma de estas cláusulas son las relacionadas con el funcionamiento irregular de los servicios de cajero automático y de terminal de punto de venta.

Es frecuente encontrar entre las condiciones generales que regulan los contratos de servicio de cajero automático y de terminal de punto de venta cláusulas excluyentes de la responsabilidad de la entidad bancaria o de la caja de ahorros predisponente relativas al funcionamiento irregular de los mencionados servicios como consecuencia de la producción de incidencias de tipo técnico o de carácter operativo –averías, accidentes, fallos mecánicos de todos, algunos o alguno de los mecanismos y dispositivos, etc.– o con motivo de cualesquiera otras contingencias afectantes a los mismos, de tal manera que no se llegue a ejecutar, total o parcialmente, o que se ejecute de forma defectuosa alguna de las operaciones solicitadas por parte del cliente. Por contra, los artículos 8.1.a y 8.2.a de la Recomendación 97/489/CE, de la Comisión, de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos [Recomendación 97/489/CE], hacen responsable al emisor de la tarjeta de la no ejecución o de la ejecución defectuosa de las transacciones que el titular intenta efectuar hasta su importe y los intereses correspondientes; responsabilidad concurrente ya sea el cliente titular de la cartilla o libreta de ahorro o de la tarjeta bancaria, o autorizado para el uso de una u otra, y, a la vista del artículo 8.1.a *in fine* Recomendación 97/489/CE, con independencia de que los cajeros y las terminales pertenezcan a la propia red del predisponente o a otras con las que la misma esté conectada electrónicamente, fundamentalmente porque, atendiendo a la sugerencia de abusividad de M.^a GÓMEZ MENDOZA [*Cajeros automáticos, en A. Alonso Ureba y J. Martínez-Simancas (Directores), Instituciones del Mercado Financiero, Volumen III. Contratos bancarios. Operaciones bancarias y de gestión, ed. SOPEC y Banco Santander Central Hispano, Madrid, 1999, pág. 1.748*] en estos casos, esta contingencia no es motivo suficiente para que estas cláusulas dejen de ser abusivas, aunque, eso sí, con la salvedad de que el emisor no haya autorizado el uso del dispositivo o del equipo desde el que se opera fallidamente.

La abusividad predicada, en términos generales, de esta modalidad de cláusulas por parte de M.^a V. PETIT LAVALL [*op. cit., pág. 150*], toma como fundamento jurídico el deber atinente a la entidad bancaria, derivado del artículo 1.258 del CC, de mantenimiento, en la medida en que sea necesario para su correcto funcionamiento, de los soportes mecánicos mediante los cuales presta el servicio de caja. Sobre esta concreta cuestión ha tenido la oportunidad de pronunciarse, al menos en dos ocasiones, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España [*Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente a los años 1989, pág. 51, y 1993, pág. 111*], el cual, de un lado, sostiene que el cliente no es responsable en modo alguno, ni deben, por tanto, repercutírsele las consecuencias adjuntas a la pretendida exclusión de responsabilidad favorable a la entidad financiera, de una incidencia producida en un cajero automático del banco, que es el que implanta el sistema y el que, por ello, responde de las posibles anomalías acaecidas durante el funcionamiento del mismo, y, de otro lado, considera que la responsabilidad objetiva por fallos del referido sistema debe ser asumida por quien lo implanta y no por quien lo utiliza. Las situaciones fácticas a incluir, a título de ejemplos ilustrativos, en el supuesto de hecho de estas cláusulas, obtenidas de la amplia selección de los informes publicados por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España que ha realizado J.F. ROBLES ELEZ-VILLARROEL [*Prácticas incorrectas y condiciones abusivas en las operaciones bancarias. Casuística y criterios aplicables, ed. Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias, 2.ª ed., Madrid, 1995, págs. 401 a 406*], son, en primer lugar, quedar retenido en el interior del cajero automático la totalidad o una parte del importe solicitado en una operación de extracción de numerario, cargándose por apunte contable la total cuantía del mismo en la cuenta corriente del usuario, en segundo término, no registrarse como

abono o registrarse incorrectamente y a la baja, en claro perjuicio del adherente, debido a un error informático, un ingreso de capital realizado a través de cajero, y, por último, realizarse un doble cargo en cuenta por ser duplicada una operación de compra como consecuencia de un fallo de la terminal punto de venta situada en el establecimiento comercial desde el que se efectúa la mencionada operación.

Por lo que a los cajeros automáticos se refiere, y atendiendo a las conclusiones expresadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1.^a) de 27 de junio de 1992 [*Revista General de Derecho*, núm. 582, Marzo 1993, pág. 2.366] a raíz de una avería en el mecanismo del cajero automático de la cual se deriva el hecho de que el sobre continente de cierta cantidad de dinero introducido por el titular de una tarjeta en el compartimento de ingresos quedase indebidamente depositado y fuese posteriormente sustraído, tan sólo tendrá validez la exclusión de responsabilidad cuando esté supeditada a que el usuario de la cartilla, libreta o tarjeta obre dolosamente o de mala fe, entendiéndose, a nuestro juicio, que actúa de tal manera cuando lo hace de forma fraudulenta (*vid.* el art. 6.2 *in fine* Recomendación 97/489/CE).

Por otro lado, forman parte de la esfera de control del empresario o profesional que actúa en el tráfico comercial como predisponente, por pertenecer al ámbito de la correcta organización empresarial o profesional, las consecuencias económicas perjudiciales que se deriven de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables al consumidor o usuario adherente; es por ello que todas las estipulaciones a través de las cuales se le transmitan aquéllas a éste son expresamente consideradas como cláusulas abusivas por la D.A. 1.^a V.21.^a de la LGDCU.

La mención legal de errores administrativos o de gestión reclama una precisión terminológica que no se resuelve, en contra de la propuesta de R. SÁNCHEZ ARISTI [*Comentario a la Disposición adicional primera.Seis: Disp. adic. 1.^a V.21.^a de la LGDCU*, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, ed. Aranzadi, Elcano, 2000, pág. 1.160], equiparando los actos de administración con los actos de gestión, sino que necesariamente pasa por distinguir las actuaciones de administración y las de disposición como conjuntos de actos integrantes de la actividad gestora. Por otra parte, las consecuencias económicas adversas o perjudiciales pueden recaer sobre el adherente, a partir del contenido, de las cláusulas predispuestas e impuestas, cuando los errores de gestión de los cuales provengan aquéllas le sean imputables al mismo, no cuando sean imputables a la actuación del predisponente o a la de un tercero; y ello, conforme a la tesis de S. DÍAZ ALABART [*op. cit.*, pág. 296], no sólo porque son riesgos propios de la actividad empresarial y el profesional es quien mejor situado está para afrontarlos debido a su preparación e infraestructura, sino también porque el empresario o profesional siempre tiene a su alcance valorar, entre otras, estas circunstancias a la hora de determinar el precio final de sus productos o servicios y porque el referido profesional es el único que, a través de la mejora de su organización empresarial, puede hacer que disminuya el porcentaje de fallos o errores, y si se le permite desplazar ese riesgo sobre el consumidor desaparece, desde luego, su aliciente para tratar de conseguir una mayor eficacia.

El ejemplo que mejor ilustra la previsión de abusividad inserta en la D.A. 1.^a V.21.^a de la LGDCU son las cláusulas, propias fundamentalmente de contratos de apertura de cuenta corriente, relativas a las consecuencias del sistema de comunicación empleado entre ambas partes; en ellas se indica directamente

que la entidad predisponente no responde de los perjuicios ocasionados por demora o deficiencia en los servicios postales o telegráficos, y su abusividad ya la han puesto de manifiesto S. RIVERO ALEMÁN [*Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 222] y M.^a V. PETIT LAVALL [*op. cit.*, pág. 150] por el mismo motivo. Otro supuesto son aquellas estipulaciones que trasladan al patrimonio del usuario los perjuicios causados a partir del envío de tarjetas bancarias al cliente que renuevan o sustituyen a otra anterior, en concreto con motivo de las extracciones de numerario que realicen aquellos terceros no autorizados que hubiesen llegado a interceptar la tarjeta sustituta; porque, acogiendo los ya conocidos con ocasión del análisis de la D.A. 1.^a V.20.^a de la LGDCU fundamentos del Servicio de Reclamaciones del Banco de España [*Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente a los años 1996, pág. 80, y 1999, pág. 83*] para declarar no aconsejable y contraria a las buenas prácticas bancarias la remisión a clientes, por correo ordinario, de documentos de tanta trascendencia como son las tarjetas o los impresos que contienen el número secreto para su utilización, la entidad bancaria remitente debe arbitrar los medios necesarios para garantizar la recepción de esos instrumentos por sus legítimos destinatarios o, alternativamente, en su defecto, asumir las consecuencias derivadas de la elección de un sistema inadecuado.

Generalizando el criterio de imputación, debe concluirse necesariamente que cada una de las partes del contrato ha de soportar los daños y perjuicios dimanados del uso de medios de comunicación cuando el recurso a los mismos se produzca a iniciativa propia, cuando sea el emisor o transmitente.

2.2. Criterio del riesgo implícitamente asumido al contratar

La práctica contractual pone de relieve una gran proliferación de formularios o modelos de contratación uniforme a cuyo contenido se incorporan cláusulas de exclusión de la responsabilidad relativas a la calificación de la relación jurídica que une al predisponente con el adherente, pudiéndose destacar entre ellas como posiblemente abusivas aquellas que, de cualquier modo, hacen referencia, directa o indirectamente, a su contenido sustantivo.

El sendero más importante por el que discurren las cláusulas referentes a la relación obligacional es la modificación del contenido de la misma. Las condiciones generales o particulares carentes de negociación individual atinentes a esta materia no consisten sino en la exclusión de ciertas obligaciones del predisponente, y, por añadidura, de los correspondientes derechos del consumidor o usuario, que son inherentes al contenido típico del contrato en cuestión como consecuencia inmediata de la peculiar naturaleza asignada al mismo, a los bienes y servicios que integran su objeto, su prestación característica. Recuérdese que este dato ha de ser tenido en cuenta, tanto en función del considerando 19.º y del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE como en base al artículo 10 bis 1.4.º de la LGDCU, para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual.

La manera habitual de alcanzar el resultado previsto es calificar expresamente el contrato celebrado contrariando las pautas que facilita el principio general de la buena fe, o, dicho de otro modo, delimitar incorrecta o irrazonablemente la naturaleza jurídica del negocio, y derivar de ello,

automática o mecánicamente, conclusiones en las que tan sólo se toman en consideración los intereses del predisponente, llegándose a contrariar, de manera consecutiva, el equilibrio contractual.

Esto es lo que ocurre con las cláusulas en virtud de las cuales el servicio bancario de caja de seguridad no puede reputarse depósito y, por lo tanto, no obligan a la entidad financiera a custodiar los objetos a ella entregados ni a devolverlos o a ponerlos a disposición del adherente en el estado en el que fueron inicialmente depositados; ni, como consecuencia de ello, a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el cliente en su patrimonio de no ser correctamente cumplida tal obligación.

No puede ser apartada válidamente mediante condiciones generales de la contratación o a través de condiciones particulares no negociadas individualmente la obligación de custodia o seguridad que incumbe a las entidades que ofertan el servicio de caja de seguridad, la cual procede de la aplicación analógica de la normativa del llamado contrato de depósito cerrado o sellado (art. 307.2.º CCom.); aplicación analógica que propone N. VARA DE PAZ [*Las cajas de seguridad*, en R. García Villaverde (*Dirección*) y R. Bonardell (*Coordinación*), *Contratos bancarios*, ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 699] y que ya con anterioridad había mantenido J.I. DE ARRILLAGA [*Cajas de Seguridad en los Bancos*, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLII, Enero-Diciembre 1958 (*Fascículo Julio-Agosto*), págs. 644 y 645] cuando manifiesta que, si se trata de solicitar responsabilidades por los menoscabos, daños y perjuicios que experimenten los objetos contenidos en la caja, por falta cometida en la necesaria vigilancia y custodia de la misma, se aplicarán las disposiciones que regulan el depósito cerrado.

De lo contrario, advierte E. GÁLVEZ DOMÍNGUEZ [*op. cit.*, págs. 72 y 73], ello afectaría a la finalidad económica última del contrato, que no es sino la de servir de medio para la defensa o protección del patrimonio del cliente, es decir, la de custodia o seguridad; porque ese mismo menester de salvaguarda de las cosas propias a que obedecía, en principio en exclusiva, el contrato de depósito, se realiza hoy también, con alguna utilidad añadida, mediante el arrendamiento de una caja de seguridad.

Continúa E. GÁLVEZ DOMÍNGUEZ [*op. cit.*, págs. 76, 77 y 134] el análisis de esta obligación de vigilancia describiéndola como el control del correcto funcionamiento de los medios materiales y electrónicos que tienden a garantizar la seguridad de la caja y entendiéndose como un elemento consustancial al objeto del contrato, por ser indispensable para hacerlo apto para el uso al que se destina. De este modo, dos de las ineludibles obligaciones del banco son, primero, configurar el servicio de manera idónea y, segundo, mantener la efectividad de los mecanismos y sistemas de seguridad adoptados para conferir a la caja el nivel de seguridad que la caracteriza, los cuales tienden a tutelar su integridad.

Por su propia naturaleza, según agrega el propio E. GÁLVEZ DOMÍNGUEZ [*op. cit.*, pág. 134], una caja de seguridad se destina a ofrecer, en cuanto a los objetos eventualmente introducidos en ella por el cliente, el nivel de seguridad que resulta, desde el doble perfil que N. VARA DE PAZ [*op. cit.*, pág. 694] atribuye a la obligación de custodia respecto a este concreto contrato, tanto de la custodia estática o de la sólida construcción y estructura de los locales y del espacio donde se presta el servicio y de la resistencia de las propias cajas de seguridad, por un lado, como de la custodia dinámica o de la concreta adopción y el mantenimiento por el banco de múltiples medidas de seguridad, especialmente de vigilancia, por otro, con el fin de evitar incendios, filtraciones de agua en el interior de la caja, robos y fracturas.

Esta segunda, la custodia dinámica, se traduce, conforme a la síntesis por abstracción expuesta por X. AÑOVEROS TRÍAS DE BES [*El contrato bancario de servicio de cajas de seguridad, Revista Jurídica de Catalunya, núm. 2, 1990, pág. 345*], en las obligaciones de impedir el acceso a la caja de toda persona no autorizada por el titular, vigilar y custodiar la estancia donde están ubicadas las cajas de seguridad y custodiar la integridad externa de la caja de forma que se mantenga su clausura íntegra.

Todo ello es requerido en virtud del criterio general de la buena fe objetiva, porque el cliente confía razonablemente en que un servicio de caja de seguridad precisamente proporciona eso mismo, seguridad respecto a lo depositado en ella.

2.3. Criterio de la culpa-negligencia

En tercer término, hemos de convenir en la abusividad de aquellas condiciones, generales o particulares, de la contratación cuya finalidad es modificar los criterios legales de imputación subjetiva al predisponente, como deudor, de la lesión del derecho de crédito de titularidad del adherente.

Como cuestión previa, y siguiendo a J. ALFARO ÁGUILA-REAL [*El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisuestas, Revista Jurídica de Catalunya, n.º 1, 2000, pág. 26*], es menester advertir que, en la valoración de la validez o nulidad de las cláusulas de exención de responsabilidad, es abusivo transformar una responsabilidad objetiva en responsabilidad por culpa. No obstante ello, también es posible encontrar algún rastro de abusividad en las estipulaciones restrictivas de la responsabilidad del empresario o profesional fundada en la culpa; porque, aun cuando no se requiere legalmente en tanto en cuanto basta la contravención, en cualquier modo, al tenor de la obligación, no deja de ser uno de los fundamentos de la responsabilidad contractual (art. 1.101 CC).

En línea de principio, aceptando la conclusión a la que llega L. DíEZ-PICAZO [*Fundamentos cit., Volumen II, pág. 616*], también apuntada como posibilidad en muchos casos por H. COLLINS [*Le clause vessatorie nel Regno Unito, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, núm. 2, Giugno 1997, pág. 460*] y, con carácter general, por S. QUICIOS MOLINA [*Comentario a la Disposición adicional primera.Seis: Disp. adic. 1.ª II.10.ª LGDCU, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), op. cit., pág. 1.012*], son abusivas todas aquellas cláusulas que, de una u otra manera, vienen a exonerar al predisponente de responsabilidad cuando ha actuado negligentemente. Este lugar común concuerda con el carácter de derecho dispositivo «fuerte» o sustentado en criterios de justicia del que está dotado el artículo 1.103 del CC cuando establece la exigibilidad de la responsabilidad que proceda de negligencia o culpa en toda clase de obligaciones.

La correcta comprensión de este punto de vista requiere aportar alguna aclaración al respecto. Para ello, es básica la remisión a las enseñanzas de L. DíEZ-PICAZO y A. GULLÓN [*op. cit., pág. 164*], quienes anuncian que la teoría de las graduaciones de la culpa o negligencia, que el Derecho común admitió y la doctrina tradicional aceptó, no pasó al CC, y que tampoco hay base en él para que se pueda entender vigente la máxima *culpa lata dolo aequiparatur*, a pesar de las consabidas excepciones en algunos supuestos (*vid.*, a este respecto, los arts. 168.2.º y 1.366 CC).

Así las cosas, la cláusula abusiva por excelencia en este terreno es la que, en relación con la diligencia a desarrollar por el predisponente en el cumplimiento de sus obligaciones, se remite a un modelo de conducta menos exigente que el referido al perito o artífice, que habitualmente es el del buen padre de familia.

Tomando como pauta los criterios de aplicación de cada modelo de conducta del deudor perfilados por F. BADOSA COLL [*op. cit.*, págs. 78, 79, 83 y 134], basamos nuestra conclusión en el dato empírico de la profesionalidad, por definición (*vid.*, sobre ello, p.ej., los arts. 1.1, 2.c y 6.1 Directiva 93/13/CEE y la D.A. 1.^a *in fine* LGDCU), del predisponente, el cual es un experto o perito que ostenta o debe ostentar, por participar como tal en el tráfico económico, los conocimientos especializados necesarios para la realización de las actividades propuestas como objeto principal del negocio jurídico celebrado. Es menester recordar, en este punto, que el artífice es aquel que no tiene justa causa para ignorar determinados conocimientos, precisamente aquellos propios de la profesión que ejerce o dice ejercer, sin tener en cuenta para nada que el deudor sea o no efectivamente un experto en la actividad de que se trate.

Responde, pues, el perito, conforme a las conclusiones de F. BADOSA COLL [*op. cit.*, pág. 131], *quippe ut artifex conduxit*, es decir, por razón de la cualidad en virtud de la cual asumió la obligación; porque quien asume una obra, escribe R.J. POTHIER (*apud* F. BADOSA COLL [*op. cit.*, pág. 132]), se obliga a hacerla según las reglas de la profesión. Por consiguiente, entendemos, una vez más junto a F. BADOSA COLL [*op. cit.*, pág. 83], que sólo existe culpa cuando alguien infringe un modo de operar o actuar propio de unos conocimientos que debía poseer y que no existe culpa siempre que el sujeto infrinja reglas de conducta que tenga justa causa o excusabilidad para ignorar; sin que pueda admitirse, ya dentro del campo específico de los contratos de adhesión en los que interviene un consumidor o usuario, cualquier intento de reducción del nivel de diligencia que incumbe al deudor conforme a los parámetros apuntados.

En definitiva, es abusiva la cláusula que excluya el requerimiento al predisponente de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 1.104 CC), diligencia que obliga al profesional a comprometer sus servicios conforme a los conocimientos de la *lex artis* correspondiente a su profesión. Una aplicación concreta de esta consecuencia la realiza el Tribunal Supremo, en su conocida Sentencia de 15 de julio de 1988 [RAJ n.º 5717/1988], al manifestar, respecto a la realización de transferencias cumplimentando órdenes incluidas en cartas cuya firma no se corresponde con la del cliente obrante en las cartulinas de apertura de la cuenta y en cuyo contenido se advierten relevantes anomalías, que la diligencia exigible en la comprobación de firmas de su cliente a los bancos no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde a un comerciante experto que normalmente ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del CCom., se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos. También J. MOXICA ROMÁN [(con la colaboración de G.A. MOXICA PRUNEDA), *La Cuenta Corriente Bancaria. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia. Formularios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 61] postula, en el ámbito del atípico contrato de apertura de cuenta corriente, que hay que tener presente que al banco, en el cumplimiento de las instrucciones de su cliente, el cuenta correntista, y, en general, en todas sus obligaciones, se le exige no sólo la diligencia que corresponde a un buen padre de familia, sino otra superior, la que es propia de un experto comerciante. Recientemente, D. BELLO JANEIRO [*op. cit.*, pág. 5.661] y S. QUICIOS MOLINA [*Comentario cit.*, pág. 1.013], sosteniéndose

en las afirmaciones previas, remarcan, con carácter general, que la diligencia de los profesionales, a los efectos de la aplicación del anterior artículo 10.1.c y de la actual D.A. 1.^a II.10.^a de la LGDCU, supera la media de un buen padre de familia al ser la de un experto comerciante. En idéntica línea de pensamiento se sitúa I. RAMOS HERRANZ [*Tarjetas electrónicas: problemas de nuevo cuño y continuidad de los de corte clásico, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. V.- Contratos mercantiles especiales, 1997, págs. 438 a 442*] cuando asegura que la diligencia impuesta a la entidad emisora de tarjetas electrónicas, como entidad de crédito si se trata de una tarjeta bancaria o como empresario si se trata de una tarjeta comercial, será superior a la del titular de la tarjeta, en concreto, la de un comerciante experto que cuenta o debería contar con medios idóneos para prevenir las consecuencias posteriores, perjudiciales para el patrimonio del cliente, y bloquear la tarjeta; todo ello con la finalidad de evitar el uso ilegítimo o desautorizado de las tarjetas electrónicas. Estos medios son, primero, un centro de comunicación de incidencias, en servicio de 24 horas en el caso de emisores de tarjetas bancarias y en servicio disponible durante el horario de apertura si es emisor de tarjetas comerciales, segundo, los medios necesarios para bloquear el uso en cajeros automáticos y en terminales de puntos de venta, y, tercero, uno o varios registros, en orden a anotar en ellos todas las operaciones realizadas por los titulares.

El nudo de la cuestión, en este punto de la exposición, consiste en procurar delimitar con el mayor detalle el deber de diligencia impuesto al predisponente. En materia de contratos de emisión de tarjeta, ha de ponerse de relieve que tanto la sustracción como el extravío de una tarjeta, ya sea bancaria, tanto de débito como de crédito, ya sea comercial o de pago, son incidencias causantes, por excelencia, de problemas que no deben tener mayor trascendencia si el tercero que pasa a ser poseedor de la misma tras una u otra circunstancia desconoce la clave secreta válida para autentificar, en defecto de firma, las órdenes de transferencia de fondos iniciadas por conducto de una terminal activada por el cliente, clave denominada *personal identification number* o número de identificación personal [PIN]. En todo caso, el riesgo de utilización desautorizada de la tarjeta sin identificación por medios electrónicos se sitúa en la esfera del emisor *ex* artículo 6.3 de la Recomendación 97/489/CE.

Ahora bien, el conocimiento del PIN por parte del ilegítimo poseedor de la tarjeta puede llegar a producirse con cierta facilidad, por lo que recae sobre el usuario, tanto si es titular como si ha sido autorizado para ello por éste, un deber de diligencia consistente en ocultar el citado código de la forma más segura posible; obligación de diligencia respecto a la cual, acertadamente, J.C. CARBONEL PINTANEL [*La protección del consumidor titular de tarjetas de pago en la Comunidad Europea, ed. Beramar, Madrid, 1994, pág. 303*] hace constar que al usuario no se le puede exigir que adopte unas medidas o precauciones que sean desproporcionadas, sino simplemente razonables, en materia de vigilancia de su instrumento de pago. En la misma órbita se encuentra el artículo 5 de la Recomendación 97/489/CE, mediante el cual se obliga al titular a tomar todas las medidas adecuadas para garantizar la seguridad del instrumento electrónico de pago y de los medios que permitan su utilización.

Constituyen actuaciones negligentes del cliente, lo que implica que a él se puedan imputar contractualmente de forma válida la totalidad o una parte de las adversas consecuencias patrimoniales de un futuro uso desautorizado de la tarjeta a través de cláusulas de exclusión o limitación de la responsabilidad por tal contingencia, tanto la voluntaria entrega de la tarjeta a quien no sea ni su cotitular, ni su titular adicional ni persona autorizada, con comunicación del PIN, como la anotación del citado

PIN en la propia tarjeta o en cualquier tipo de soporte o documento que se acompañe a la misma, esto es, que se guarde o lleve junto a ella, y que pueda perderse o ser sustraído al mismo tiempo, sin disimularlo razonable y convenientemente, es decir, sin distorsionarlo hasta hacerlo ininteligible o inaccesible a terceros (*vid.* los arts. 3.b y 5.c Recomendación 97/489/CE), y como dejar sin firmar el espacio destinado al efecto en el reverso de la tarjeta una vez le ha sido entregada. Por otra parte, el adherente también desarrolla un comportamiento negligente desde que, conociendo que ha perdido o que le ha sido sustraída la tarjeta, o desde que se cerciora de que se ha producido cualquier otra incidencia propicia para la concurrencia de un posible uso indebido de la misma en el futuro, como es, por ejemplo, que se quede atascada en el cajero automático en circunstancias tales que el usuario no pueda retirarla, o cualquier anomalía que delate un hipotético uso indebido anterior en el tiempo, como en este caso es, por ejemplo, el registro, en la cuenta asociada al instrumento, de cualquier transacción no autorizada, hasta que comunica al predisponente o a la entidad especificada por éste, sin demora alguna, la nueva situación (*vid.* el art. 5.b Recomendación 97/489/CE); por ello, el uso indebido de la tarjeta durante el período de tiempo intermedio entre ambos momentos debe ser patrimonialmente soportado por el usuario, siendo entonces válida la exoneración de responsabilidad hasta el monto total del límite disponible, que suele quedar establecido diariamente, y declarándose abusiva, en su caso, por el exceso que al ilegítimo usuario se le permitió obtener, respecto de aquel límite.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a) del día 14 de septiembre de 1990 [*Revista General de Derecho*, núm. 558, Marzo 1991, pág. 1.812] se disecciona el particular relativo al doble significado que tiene el límite de crédito de una tarjeta, consistente, por un lado, en una garantía de la entidad emisora ante una posible insolvencia del titular atendidas las circunstancias económicas, y, desde el otro polo, en un medio de autocontrol de la cantidad a disponer por parte del titular, máxime para el supuesto de utilización por persona no autorizada, asegurando la indisponibilidad por una cantidad superior; punto de vista este último acogido por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España [*Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al año 1999*, págs. 82 y 86] cuando asevera, en relación con tarjetas de débito y tanto en un supuesto de exceso sistemático y progresivo como en otro que no recibe tales calificativos, que es bien sabido que el saldo disponible de la cuenta de cargo funciona en dichas tarjetas como límite de disposición. De ahí que, en estos supuestos, es la entidad emisora la obligada a extremar las cautelas y a impedir una disposición que exceda del tope pactado; por lo cual, sin duda alguna, en los casos en que los cargos se han realizado por un tercero indebidamente, es aquélla la obligada a responder de los mismos, aun cuando para P.L. NÚÑEZ LOZANO [*La Tarjeta de Crédito*, ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 1997, pág. 368], a contrario, le parezca razonable, por estar en presencia de un criterio de simple distribución del riesgo, imputar al titular de la tarjeta de crédito todo el daño resultante de su anómala utilización durante el tiempo en que ha de soportar el riesgo.

Es, de otro lado, una actuación negligente de la entidad emisora, conforme al patrón de diligencia que a ella le es aplicable, dejar de proceder al bloqueo del acceso al sistema electrónico para impedir la realización de operaciones no autorizadas desde el mismo instante en el que el servicio *ad hoc* con el que cuenta la entidad emisora sea apercibido por el cliente para ello, mediante la comunicación de dicho bloqueo de forma inmediata a todos y cada uno de los establecimientos que ofrecen los servicios de cajero o admiten la tarjeta como medio de pago para que, respectivamente, no permitan extracciones de

numerario ni admitan pagos con cargo a la cuenta o cuentas bancarias asociadas a la tarjeta bloqueada; puesto que es a partir de entonces, abstracción hecha de la anterior conducta del usuario del servicio excepto el aviso de la incidencia, cuando se encuentra o, cuando menos, debe encontrarse, en condiciones de adoptar las medidas de evitación previstas, consistentes en el impedimento del uso posterior y en su retirada, si fuera posible, de la circulación. En este sentido, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España [*Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al año 1999*, pág. 86] viene sustentando, como criterio comúnmente aceptado para el reparto de responsabilidades en estos casos, que, después del aviso del interesado, es la entidad bancaria la que ha de hacerse responsable de cualquier disposición de fondos, de la misma manera que J. ALFARO ÁGUILA-REAL [*Derecho bancario, Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 2, 2000, pág. 310], quien afirma que, en todo caso, los bancos no pueden excluir su responsabilidad por los pagos realizados a cargo de la cuenta con posterioridad a la comunicación realizada por el cliente de que le ha sido sustraída o ha perdido la tarjeta; supuesto resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.^a), mediante sentencia de 13 de junio de 1994 (*Apud C. GARNICA SAINZ DE LOS TERREROS [Aspectos procesales de las operaciones bancarias: estudio de la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en I. Díez-Picazo Giménez y J. Martínez-Simancas y Sánchez (Directores), Estudios sobre Derecho Procesal, Volumen IV, Capítulo XVI, ed. SOPEC y Central Hispano, Madrid, 1995, pág. 5.102]*), considerando al banco responsable de todas las disposiciones efectuadas durante el período de tiempo comprendido entre la notificación del extravío de la tarjeta y la posterior notificación del extravío del número secreto que permite su utilización porque entiende que la tarjeta puede ser utilizada, tal y como ocurre en la práctica diaria, a través de medios distintos al número secreto, de lo cual, según C. GARNICA SAINZ DE LOS TERREROS [*op. cit.*, pág. 5.113], se deriva la necesidad de que la entidad emisora de una tarjeta telebanco proceda a su cancelación inmediatamente después de que tenga conocimiento de su extravío, sin tener en cuenta la inicial imposibilidad de utilización si el ilegítimo poseedor desconoce el número secreto de acceso. Así las cosas, recae una consistente sospecha de abusividad sobre las cláusulas contractuales que supeditan la responsabilidad del emisor al cumplimiento, por parte del adherente, de la carga de comunicar inmediatamente, a la mayor brevedad posible, la pérdida o sustracción acaecida desde el mismo instante en que dicha contingencia se produzca; lo cual parece más bien una condición apta para que el emisor también asuma, total o parcialmente, los perjuicios económicos derivados del uso ilegítimo de la tarjeta desde el momento de la pérdida, que es anterior, en todo caso, a la comunicación. Lo mismo se puede predicar de las condiciones generales de algunas tarjetas emitidas por empresas suministradoras de carburante en las que se dispone que, en caso de pérdida o sustracción de la tarjeta, el titular notificará de forma fehaciente al predisponente dicha circunstancia, y que, en todo caso, puesto que se hace necesario el transcurso de un período de tiempo para poner en conocimiento de todos los establecimientos que forman parte de la cadena predisponente la anterior circunstancia, el titular responde de los suministros y de los servicios que hayan podido obtenerse con la utilización de dicha tarjeta durante los veinte días siguientes a la recepción de la notificación; de hecho, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.^a) de 29 de noviembre de 1993 [*Aranzadi Civil, n.º 2013/1993*], cuyos extremos hace propios J.J. NAVARRO CHINCHILLA [*Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria, en U. Nieto Carol (Director), Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas, ed. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio y Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 548*], se afirma que esta cláusula es claramente abusiva por otorgar al predisponente una ventaja injustificada, sin fundamento plausible, y que la existencia de avanzados medios tecnológicos de comunicación hace irrazonable, por desproporcionada, la previsión exonerativa.

Por último, son cláusulas abusivas, por excluir la responsabilidad contractual del predisponente procedente de una actuación culpable de éste, aquellas que, insertas en contratos de tarjeta de compra expedidas por establecimientos comerciales, permiten al predisponente cargar en la cuenta asociada las cantidades dispuestas por un tercero que no se identifica como legítimo usuario de aquélla.

En este sentido, es digna de toda mención la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 19 de diciembre de 1986 [*La Ley*, núm. 7251/1987], en la que se resuelve que la entidad comercial que expide la tarjeta asume, naturalmente, por obvias exigencias de reciprocidad, una obligación de diligencia para evitar el uso fraudulento de la tarjeta por persona distinta de su titular; obligación de diligencia que se concreta, en todo caso, en la comprobación de la identidad entre la firma obrante en la tarjeta y la firma extendida en las correspondientes facturas, y, en segundo lugar, cuando menos siempre que exista una cierta diferencia entre una y otras, a solicitar la identificación, mediante la exhibición del Documento Nacional de Identidad, del titular de la misma, por ser precisamente la diligencia exigible atendidas las circunstancias del contrato, las características de los contratantes y demás concurrentes de tiempo y lugar. También es conveniente mencionar en referencia a este extremo, aunque resuelva un supuesto de extravío de libreta de ahorro, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª) de 6 de noviembre de 1992 [*Revista General de Derecho*, núm. 583, Abril 1993, pág. 3.742], cuya doctrina es aceptada por D. BELLO JANEIRO [*op. cit.*, pág. 5.662], por medio de la cual se considera clara y evidentemente responsable al banco demandado a partir de una disposición de efectivo por quien no es titular de una cartilla o libreta de ahorro, porque aparece que el empleado que entregó la cantidad de dinero en cuestión a quien no era titular de la cartilla no sólo no comprobó la identidad de la firma de quien solicitó el reintegro con la del titular o titulares, sino que no adoptó la elemental precaución de exigir la exhibición del Documento Nacional de Identidad; todo ello tomando como punto de partida que la diligencia exigible en casos como el de autos no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al banco como comerciante experto, y concluyendo que el empleado incurre en negligencia por presentarse como hecho notorio la exigencia de la exhibición del documento citado en cualquier operación bancaria cuando el que la realiza no es persona conocida de la entidad, sin que ello obste en modo alguno a la agilidad del tráfico mercantil, que no puede imperar sobre principios de seguridad en el tráfico, sobre todo cuando esa seguridad se puede obtener con una simple comprobación.

Posteriormente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 31 de enero de 1995 [*Aranzadi Civil*, núm. 838/1995] perfila un poco más la obligación de diligencia que incumbe a la entidad predisponente al decidir que el cumplimiento del deber de diligencia que corresponde al establecimiento comercial en la comprobación de firmas e identidades del usuario de una tarjeta de compra no puede, en modo alguno, obligar a la entidad acreedora ni a ninguno de sus vendedores o empleados a actuar como peritos calígrafos en todos y cada uno de los supuestos de uso de tarjetas, lo que, por otra parte, estaría en abierta contradicción con la celeridad y características del tráfico mercantil y con el enorme volumen de operaciones que a diario se realizan; debiendo, pues, afirmarse, que el cumplimiento de su deber de diligencia está más que acreditado con el ejercicio de un mero examen superficial y aproximativo del parecido formal o externo de los rasgos caligráficos de las firmas utilizadas. Lo que ya no compartimos con la Audiencia Provincial de Sevilla es que, tal y como en la citada resolución se termina por señalar, no puede obligarse a los empleados del establecimiento mercantil a que procedan a la identificación mediante la exhibición del Documento Nacional de Identidad de todos y cada uno de los reales compradores de los artículos o mercancías vendidos.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2.^a) de 12 de febrero de 2000 [*Aranzadi Civil*, núm. 753/2000] se indica, a pesar de que la depuración de la responsabilidad de los centros comerciales donde se llevaron a cabo transacciones efectuadas con una tarjeta de crédito previamente sustraída no está sometida a examen en cuanto aquéllos no han sido demandados, que pudieron incurrir en negligencia vista la falta de similitud de las firmas autorizantes y la falta de solicitud de identificación del poseedor de la tarjeta; cuando el titular de la referida tarjeta de crédito puede y debe esperar, con la mayor legitimidad, que los establecimientos asociados, concededores de que la tarjeta es personal e intransferible, se cercioren de la identidad de los usuarios, debiendo comprobar la identidad de la firma y solicitando la exhibición de la oportuna documentación acreditativa.

2.4. Criterio de la mora debitoris

Tienen el carácter de abusivas, *ex D.A. 1.^a II.14.^a* de la LGDCU, las cláusulas cuyo objeto o cuyo efecto es el de excluir la responsabilidad por mora (arts. 1.101 y 1.108 CC) del predisponente, aun cuando no se mencionen expresamente en la D.A. 1.^a II.9.^a ni en la D.A. 1.^a II.10.^a de la LGDCU.

La ausencia de reseña específica en el contenido de la norma legal puede derivar de su escasa extensión en la práctica contractual bajo condiciones generales de la contratación, cuyo contenido, en este terreno, discurre por una doble vía paralela. En primer lugar, se consigue el mismo resultado perseguido incorporando al negocio la reserva, en favor del empresario o profesional predisponente, de un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para satisfacer la prestación debida (D.A. 1.^a I.1.^a LGDCU); y, en segundo lugar, ocurre lo mismo si en el contrato se consigna una fecha de cumplimiento, de entrega del bien o de ejecución de la prestación del servicio principal por parte del predisponente, meramente indicativa o condicionada a la voluntad del profesional (D.A. 1.^a I.5.^a LGDCU).

Desde el comentario a la D.A. 1.^a I.5.^a LGDCU, R. SÁNCHEZ ARISTI [*Comentario a la Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1.^a I.5.^a LGDCU*, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), *op. cit.*, págs. 950 y 951] no solamente ha visto que la evitación de una posible responsabilidad por morosidad se encuentra en la base de toda cláusula, abusiva *ex D.A. 1.^a I.5.^a* de la LGDCU, por la que se otorgue al deudor la facultad de fijar a su voluntad el término de cumplimiento, sino también que el punto de llegada de la misma no dista del de alguno de los extremos de la D.A. 1.^a I.1.^a de la LGDCU, concretamente el desgajado anteriormente; y comenta que la relación entre la atribución al plazo de entrega de un carácter simplemente indicativo y la limitación de la responsabilidad del profesional por retraso se observa claramente en la sentencia emitida por la Cour de Cassation francesa con fecha de 16 de julio de 1987 [*Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation. Jurisprudence*, 1988, pág. 49], donde se resuelve el caso de una empresa especializada en la venta de muebles que, pese a la constancia, mediante caracteres aparentes y en el anverso de una hoja de pedido firmada por el consumidor, de un plazo de entrega de dos meses, había insertado en el reverso una estipulación conforme a la cual, no sólo los plazos de entrega eran dados a título indicativo, sino que un eventual retraso respecto de ellos no podía constituir una causa de resolución del contrato ni dar lugar al derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

Si hay un sector económico en el que abundan ambos modelos de cláusula, ése es el de la compraventa de vehículos automóviles. Incluso, en algunos contratos, se llegan a encontrar cláusulas que señalan de forma expresa que, tan pronto como se encuentre en su poder, el vendedor notificará al comprador la fecha a partir de la cual el vehículo estará listo para la entrega, y, posteriormente, que el vendedor hará todo lo posible por entregar el vehículo en la fecha convenida, pero en ningún caso será responsable por retraso en la entrega del mismo.

Dentro del ámbito de la práctica judicial, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.^a) de 24 de marzo de 1998 [*Base de Datos Aranzadi, Jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales 1997-1999, núm. 7030/1998*] resuelve la nulidad por abusividad de una cláusula a cuyo tenor el plazo de entrega del vehículo es libremente prorrogable por parte del vendedor durante los dos meses siguientes a la fecha inicialmente convenida para ello.

Igualmente, son cláusulas excluyentes de la responsabilidad por mora aquellas que, formando parte de un contrato de transporte urgente de mercancías, establecen que, en caso de incumplimiento del plazo de entrega contractualmente pactado según el servicio contratado, la agencia predisponente compensará al cliente con un envío gratuito de las mismas características en cuanto al precio y al tipo de servicio en cuestión; cuando semejante intento de compensación convencional únicamente impediría, si acaso, llegar a considerar abusiva la exclusión del derecho del adherente a la devolución del precio abonado por el servicio que se ha ejecutado de forma retrasada.

En tercer término, sabemos, a través de H. BRICKS [*Les clauses abusives, ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1982, pág. 47*], que esta modalidad de cláusulas también se encuentra en algunas condiciones generales integrantes de contratos de compraventa de aparatos electrodomésticos predisuestas por los distribuidores de los mismos.

Por último, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Oviedo de 24 de enero de 2000 [*Base de Datos Aranzadi, Jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional, Tribunal Económico-Administrativo Central y Audiencias Provinciales 1999-2000, núm. 2608/1999*] declara inoponibles las cláusulas del billete de transporte aéreo por las cuales el transportista no asume la obligación de garantizar los enlaces, a los efectos de considerar a éste responsable de los daños y perjuicios que representa una demora en la ejecución de la obligación de traslado y la consiguiente pérdida del enlace previsto; concretando tales daños en los gastos de desplazamiento desde el aeropuerto al hotel, de alojamiento y cena en el mismo, por un lado, y, por otro, en los daños morales representados por el indudable trastorno ocasionado por tener que posponer el viaje proyectado hasta el día siguiente.

3. CLÁUSULAS EXCLUYENTES DE LA RESPONSABILIDAD RESPECTO A DETERMINADOS DAÑOS. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

El tercer elemento de esta clasificación lo constituyen aquellas cláusulas, cuya abusividad constata con carácter general L. DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN [*Las condiciones cit., pág. 43*], que

niegan directamente que el predisponente esté obligado a paliar determinados daños producidos al adherente, como consecuencia inmediata de la lesión del derecho de titularidad de éste frente a aquél, por incumplimiento, total o parcial, o por cumplimiento defectuoso o retrasado.

También son exclusiones de responsabilidad, según la conclusión de M. GARCÍA AMIGO [*op. cit.*, pág. 23], aquellas cláusulas que restringen el derecho del perjudicado a recibir una indemnización por los daños recibidos con ocasión del cumplimiento, tras realizarse una violación positiva del contrato. Estas cláusulas excluyentes de la responsabilidad del deudor también pueden llegar a ser abusivas, de conformidad con la D.A. 1.^a II.10.^a de la LGDCU, por medio de la cual se decide la abusividad de las cláusulas excluyentes o limitativas de la responsabilidad legal del profesional en el cumplimiento del contrato; aunque, naturalmente, no todas ellas han de ser calificadas como abusivas de forma maquina o automática.

Sin perjuicio de la necesidad de examinar a fondo cada supuesto particular, puede adelantarse ya la meridianamente clara abusividad de la exclusión de responsabilidad por los daños infligidos con ocasión del cumplimiento contractual recogida en cláusulas incorporadas a contratos cuyo contenido sustantivo es propuesto unilateralmente por parte de empresas suministradoras de agua para uso doméstico a cuyo tenor el usuario asume la obligación de reponer por su cuenta los pavimentos o zonas ajardinadas de su propiedad particular que se destruyan durante los trabajos de instalación de la acometida o reparación de las averías de la misma.

La pauta normativa inicial de la recientemente aludida calificación como cláusulas válidas o nulas por abusivas de las cláusulas por las que se excluye la responsabilidad del predisponente respecto a determinados daños es el anexo 1.a y 1.b Directiva 93/13/CEE, relativo a los supuestos de muerte y daños físicos y a los derechos legales del consumidor (cfr. el artículo 2.1 LGDCU), entre los que A. SERRA RODRÍGUEZ [*Cláusulas Abusivas en la Contratación. En especial, las cláusulas limitativas de la responsabilidad, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 120*] destaca el derecho al resarcimiento o indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el consumidor en su patrimonio, el cual no deja de ser uno de tantos a incluir en el más amplio derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.

También influye en estas consideraciones la interpretación sistemática del bloque normativo que comprende la D.A. 1.^a II.9.^a a II.14.^a LGDCU, pues tal interpretación nos lleva a considerar, junto a M.^a E. AMAT LLARI [*Comentario a la D.A. 1.^a Seis, Cl. 10, en I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (Coordinadores), Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, Modificaciones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y de la Ley Hipotecaria, ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 377*], que la D.A. 1.^a II.10.^a de la LGDCU, al hablar de daños al margen de la muerte y de las lesiones causadas al consumidor, los ha referido a los daños morales.

A partir de aquí, y tomando como referencia más inmediata la exposición realizada por M.^a G. AGUSTÍN CALVO [*La valoración judicial en la indemnización por daño moral, Revista General de Derecho, núms. 610-611, Julio-Agosto 1995, pág. 8.617*], podemos clasificar todos los daños indemnizables distinguiendo los daños materiales o patrimoniales de los daños personales *lato sensu*,

y subdividiendo éstos, a su vez, en físicos, los cuales abarcan tanto el daño de muerte como las lesiones, y espirituales, entendiéndose por tales los daños personales *stricto sensu*, *id est*, los daños morales o daños derivados de lesiones de los bienes de la personalidad, del honor, la intimidad y la propia imagen. En todo caso, y como ya indicamos al deslindar el derecho imperativo del derecho dispositivo, la exclusión de responsabilidad en relación a los daños físicos de muerte y lesiones es una cuestión ajena a la institución de las cláusulas abusivas.

3.1. Limitación de los daños patrimoniales

La limitación de la responsabilidad que es consecuencia de la lesión de un derecho de naturaleza patrimonial puede revestir las más variadas formas e intensidades; es por ello que aumenta en gran medida la dificultad que preside el intento de establecer en abstracto los criterios válidos para adoptar una decisión en cuanto a la abusividad de las cláusulas en las que dicha limitación quede recogida.

Un primer esbozo a este respecto es el sugerido por J.S. RIBEIRO [*op. cit.*, pág. 31] cuando introduce en el análisis de la cuestión la distinción entre limitaciones directas e indirectas de la responsabilidad.

3.1.1. Limitaciones directas

Desde la perspectiva de las limitaciones directas, a juicio de J.S. RIBEIRO [*op. cit.*, pág. 31] y desde la sucinta exposición realizada por A.P. MONTEIRO [*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil, Coimbra, 1985. Separata do volume XXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 105*], puede llegar a ser abusiva la cláusula consistente tanto en una fijación directa de la cuantía máxima a la que puede ascender la responsabilidad contractual del predisponente como en la restricción de la misma a un concreto porcentaje de la suma de los daños y perjuicios totales sufridos por parte del adherente.

M. GARCÍA AMIGO [*op. cit.*, pág. 127], a pesar de no manifestar expresamente su abusividad, también sitúa entre las cláusulas limitativas de la responsabilidad la suma *a forfait*, consistente en una cantidad de dinero que se fija de antemano para hacer las veces de sanción del incumplimiento de cualquier obligación, o, lo que a nuestro entender es lo mismo, en una cláusula penal sustitutiva de los daños y perjuicios causados al consumidor o usuario.

La declaración de abusividad requiere, en todos estos supuestos, la realización de un exhaustivo control del contenido concreto de las cláusulas enjuiciadas y del completo contrato que las recoja; es decir, debe aceptarse, como posición de partida, la validez en abstracto de este tipo de estipulaciones.

De lo que no cabe ninguna duda, siguiendo en este punto concreto a la doctrina que se ha pronunciado al respecto (Así, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO [*Comentario al artículo 25, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano*

y J. Salas Hernández (Coordinadores), *op. cit.*, pág. 685], M. MARTÍN CASALS [*op. cit.*, pág. 9.431] y S. QUICIOS MOLINA [*Comentario cit.*, pág. 1.016]), es de que, dentro del conjunto de los daños patrimoniales, hay que distinguir los que integran el lucro cesante, respecto de los cuales cabe entender válida la exclusión de responsabilidad del profesional; porque, por definición, un consumidor o usuario no puede lucrarse con el bien o servicio recibido, aunque éste sea susceptible de ser destinado a la producción.

Por otra parte, en un plano abstracto y en íntima relación con las anteriormente denominadas cláusulas de fijación de la cuantía máxima a la que puede ascender la responsabilidad contractual del predisponente, el Tribunal de Apelación de Colonia (*Apud* N. REICH [*La experiencia práctica de la ley alemana sobre condiciones generales de los contratos, Estudios sobre Consumo, núm. 6, Diciembre 1985, pág. 25*]) declaró abusivas las cláusulas propias de contratos de servicio de tintorería por las cuales se limitaba el *quantum* indemnizatorio, en caso de concurrir responsabilidad por culpa leve, a una cifra máxima de 15 veces el precio satisfecho por el consumidor; dejando de admitir como razón de justificación de semejante medida los especiales riesgos inherentes al trabajo de tintorería, señalando que no hay motivo ninguno para limitar el montante de la indemnización utilizando como criterio el precio del servicio y aclarando que la estipulación es abusiva en vista de que al consumidor no se le da la oportunidad de asegurarse contra tales riesgos.

3.1.2. Limitaciones indirectas

Para J.S. RIBEIRO [*op. cit.*, pág. 31] son limitaciones indirectas las indicaciones limitativas del tipo de daños reparables, entre las que destacan, haciendo referencia expresa a las mismas, aquellas cláusulas en cuya virtud tan sólo se pretende indemnizar al acreedor por los daños ocasionados directamente, por los daños emergentes o, entre otros, por los daños referentes a ciertos componentes del objeto de la prestación.

Las cláusulas por las que se reduce la indemnización a aquellos daños causados directamente serán abusivas en los mismos términos que las estipulaciones que excluyen la responsabilidad contractual del predisponente a través de la incidencia en las reglas generales de imputación objetiva del daño a la ausencia del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La reconducción de todas las partidas indemnizables de forma exclusiva a los daños emergentes es válida en todo caso y, sin ninguna duda, no puede ser declarada abusiva, como ya hemos señalado anteriormente.

En el último supuesto, el de los daños referentes a ciertos componentes del objeto de la prestación, son, en concreto, abusivas las estipulaciones insertas en contratos de viaje combinado que extraen de las partidas indemnizables los daños originados por la pérdida o el deterioro de los enseres que consigo lleva el viajero, señalándose que dicho equipaje no es objeto del contrato de transporte y que se entiende, a todos los efectos, que aquél lo conserva consigo, por su cuenta y riesgo, cualquiera que sea la parte del vehículo en que vayan colocados los bultos en cuestión. En sede de contratos de transporte aéreo, conforme a los artículos 115 y 116 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, y de acuerdo con la doctrina de N. PÉREZ-URDAIBAI JIMÉNEZ [*El contrato de transporte aéreo: Revisión doctri-*

nal y jurisprudencial, *Revista General de Derecho*, núm. 667, Abril 2000, pág. 3.769], el porteador está obligado a transportar junto a los viajeros, y dentro del precio del billete, el equipaje. Por lo que se refiere al contrato de transporte de personas por carretera, en dicha modalidad de transporte queda incluido, como una de las obligaciones contraídas por el porteador, a tenor del artículo 63.1.a de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.ª) de 27 de enero de 1993 [*Aranzadi Civil*, núm. 94/1993], el traslado del equipaje de los pasajeros sin necesidad de ninguna declaración previa del valor de su contenido, y la abusividad de la cláusula excluyente de la responsabilidad por pérdida o deterioro a partir de su exclusión del objeto del contrato ha sido declarada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3.ª) de 22 de noviembre de 1990 [*Revista General de Derecho*, núm. 567, diciembre 1991, pág. 11.504] a partir del artículo 3.2 del Real Decreto de 28 de septiembre de 1990.

Además de ellas, también es posible aventurar, a la vista del artículo 1.108 del CC, la inclusión en este apartado de aquellas cláusulas que tengan por efecto hacer gravitar la indemnización de los daños y perjuicios, derivada de una obligación consistente en el pago de una cantidad de dinero y por haber incurrido el predisponente en mora, en el pago de un interés sensiblemente inferior al interés legal del dinero.

D. BELLO JANEIRO [*op. cit.*, pág. 5.653] amplía la cuestión provocando la duda acerca de la específica validez o abusividad de las cláusulas limitativas insertas en formularios de contratos de condiciones generales o particulares que excluyen la responsabilidad del predisponente a partir de un determinado período de tiempo; es decir, aquellas cláusulas que limitan temporalmente la responsabilidad contractual, que únicamente consideran resarcibles los daños producidos al consumidor o usuario desde un determinado momento y/o hasta otro.

En último lugar, deben mencionarse las cláusulas que cuantifican los daños en referencia al *pretium singulare*, valor subjetivo o valor que el objeto tiene para el consumidor o usuario cuando éste es inferior al *pretium commune*, valor objetivo o valor que el bien tiene para todos.

Esta distinción en cuanto al valor a tomar como referencia del daño indemnizable importa fundamentalmente en relación a aquellos contratos de compraventa de automóviles en los que se estipula que, acordada la entrega de un vehículo usado por parte del comprador como pago parcial de un vehículo nuevo, si, por cualquier razón, el vendedor cancelase el pedido después de que el vehículo usado le hubiera sido entregado al propio vendedor y éste, a su vez, lo hubiese vendido, el comprador únicamente tendrá derecho a recibir el valor de tasación del mencionado vehículo; cuando la solución pertinente, acorde con la tesis de F. PANTALEÓN [*El sistema cit.*, págs. 1.052 y 1.053 y *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Fascículo IV, Octubre-Diciembre 1993, pág. 1.737], frente a la opinión de A. CARRASCO PERERA [*Restitución de provechos (y II)*, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLI, Fascículo I, Enero-Marzo 1988, págs. 10 y 144], y aun a pesar de que E. LLAMAS POMBO [*Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, ed. Trivium, Madrid, 1999, págs. 279 a 281] considera imposible incardinar la *aestimatio rei* dentro del concepto de daño, es otorgar al adherente la pretensión de cesión o de entrega, según el caso, del *commodum ex negotiatione* (cfr. los arts. 1.186 y 1.778 CC), porque coincide con el valor de mercado del vehículo o *aestimatio rei* y porque dicho valor de mercado habrá de considerarse «daño mínimo» sufrido por el acreedor.

3.2. Limitación de los daños morales

En el campo de la responsabilidad derivada de la producción de daños morales a la persona del consumidor o usuario creemos pertinente remitirnos a la división bipartita, avanzada por R. GARCÍA LÓPEZ [*Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 316 y 318], según la cual, en algunos casos, la previsibilidad del daño moral y el hecho de que éste sea consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación vienen suministrados por la propia naturaleza de las obligaciones y su vinculación al interés del acreedor (*vid.*, en sede de cláusulas abusivas, el considerando 18.º y el art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y el art. 10 bis 1.4.º LGDCU, por una parte, y el art. 51 CE, por otra, respectivamente); y, en otro tipo de relaciones obligatorias, en otros casos, la previsibilidad del daño moral no se deriva directamente de la naturaleza de la obligación genérica, pero tal daño puede formar parte del factor de la previsibilidad al constituirse la relación obligatoria concreta, de manera que el interés moral no deriva intrínsecamente de la prestación o actividad que ha de realizar el deudor, considerado desde el punto de vista de la obligación genérica en que se enmarca, sino del conjunto de circunstancias que concurren en la prestación concreta, especialmente en el momento de la celebración del contrato si nos ceñimos al terreno de la abusividad, pues así lo marcan los artículos 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y 10 bis 1.4.º de la LGDCU, y, además, en el momento de la ejecución del propio contrato, si damos por buena la doctrina tanto de A. REVERTE NAVARRO [*Comentario al artículo 1.255*, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Volumen 1.º A, ed. EDERSA, Madrid, 1993, pág.199] como de M.ª D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA y M.ª T. ÁLVAREZ MORENO [*Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 (RAJ 2371)*, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 29, Septiembre 1999, pág. 274] al respecto, consistente en permitir que la buena fe, como parámetro general para controlar la abusividad, quede evidenciada al momento de la celebración del contrato, esto es, al de la aceptación y adhesión a las condiciones generales, y, por supuesto, en el de la ejecución del propio contrato.

3.2.1. Daños morales previsibles en general

Por lo que se refiere al primer conjunto de daños morales, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª) de 18 de febrero de 1998 [*Revista General de Derecho*, núm. 648, Septiembre 1998, pág. 12.212], en relación con el contrato de transporte aéreo de personas, y resolviendo acerca de los retrasos en la salida de vuelos como consecuencia de los cuales los usuarios no pueden enlazar con otros vuelos contratados con destino al lugar deseado para disfrutar las vacaciones veraniegas, de las que se han visto privados por tal motivo, admite que esta situación comporta naturalmente un daño moral o sufrimiento al ver los usuarios frustradas sus ilusiones en el sentido ya mencionado, lo que, por sí solo, comporta un daño que es indemnizable.

Prácticamente idéntico es el supuesto de hecho resuelto por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Oviedo de 24 de enero de 2000 [*Base de Datos Aranzadi, Jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional, Tribunal Económico-Administrativo Central y Audiencias Provinciales (1999-2000)*, núm. 2608/1999], en la que se señala la obligación de resarcimiento de los

daños morales representados por el indudable trastorno que se ocasiona al pasajero por aire al hacerle posponer el viaje proyectado para el día siguiente al amparo de las cláusulas mediante cuya aplicación el transportista no se compromete contractualmente a garantizar los enlaces entre distintos vuelos.

Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.^a) de 21 de febrero de 1994 [*Aranzadi Civil*, núm. 302/1994] ha respaldado la validez de las cláusulas, insertas en contratos de revelado de fotografías, que disponen la limitación de la responsabilidad por pérdida o daño de los carretes a la sustitución de la película perdida o dañada por otra en perfecto estado, señalando que estas cláusulas constituyen y operan como el único medio lógico y racional de ordenación y prestación del servicio, cuando en el momento de contratarse el mismo es obvio que una de las partes al menos, y presumiblemente la otra no, conoce el contenido real de la película a revelar y, por lo tanto, no puede fijarse la valoración económica de la misma, ya que la, en el caso estudiado, propietaria del carrete sólo puede suponer que se encuentran debidamente impresionadas las imágenes que tomó, pero sin tener una seguridad plena sobre si las mismas se impresionaron debidamente. Con ello, es meridianamente claro que se da por buena la exclusión de responsabilidad por producción de daños morales a los consumidores y usuarios en el presente supuesto.

Este panorama tiene visos de poder cambiar a la luz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a) de 5 de marzo de 1999 [*Aranzadi Civil*, núm. 513/1999], la cual, aun a pesar de no considerar acreditado en términos de certeza el contenido del reportaje fotográfico definitivamente plasmado en los carretes, le atribuye, fuese cual fuese aquel contenido, un valor moral superior al puro valor material de los carretes, que en todo caso ha de ser indemnizado. Mas también explica esta última resolución judicial que resulta evidente que quien, en virtud de un contrato de arrendamiento de obra, recibe unos carretes de fotos con el encargo de revelarlos, desconoce o ignora el valor, el alcance o la importancia que el contenido del reportaje tiene para quien los deposita con tal fin; siendo, pues, tan sólo el depositante el que conoce, aprecia y puede valorar algo tan subjetivo como son sus sentimientos en relación con el reportaje, por lo que si las fotos tienen para él un especial significado o valor económico, profesional, sentimental, intelectual o artístico tiene el deber de comunicarlo a la persona o entidad a quien solicita el revelado para que ésta adopte mayores precauciones, controles y cuidados que los habituales tanto en la custodia del material como en la ejecución del trabajo. En caso contrario, concluye la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, si se produce cualquier anomalía, irregularidad o imprudencia que frustre el resultado de la tarea solicitada, no puede pretenderse una indemnización por esos especiales daños morales, dimanantes de la pérdida de unas fotos tan significadas o importantes pero cuyo alto valor no se ha declarado, que exceda de lo que pueda valorarse el daño moral por la pérdida de cualesquiera fotos que no tuviesen ese elevado valor sentimental, económico o de otro tipo. Esta última matización es una idea pertinente para declarar abusivo el inciso final de algunas cláusulas impresas en los sobres que utilizan los establecimientos que ofrecen el revelado, según las cuales, si el rollo de película o copia u otro material que el cliente va a entregar para su procesado en el laboratorio industrial del predisponente tiene para aquél un valor económico, profesional, intelectual o sentimental de relativa importancia, se ruega que lo haga saber al establecimiento para fijar, en un documento anexo firmado por todas las partes, unas condiciones especiales para la ejecución del encargo; por tanto, de no decir nada al respecto, entendemos que dicho rollo o material carece para el cliente de un valor económico, profesional, intelectual o sentimental relevante, aplicándose en tal caso la tarifa del establecimiento y, en consecuencia, las condiciones generales excluyentes de la responsabilidad por daño no patrimonial,

advirtiendo que, si en el transporte o en el proceso industrial al que es sometido dicho rollo en el laboratorio, se produjera un extravío, pérdida o deterioro del mismo que fuere imputable al establecimiento receptor o al laboratorio industrial, el cliente percibirá, como compensación e indemnización por todos los conceptos, un rollo de película virgen sin cargo.

3.2.2. Daños morales previsibles en concreto

Dentro del segundo bloque destacan sobremanera las cláusulas que incorporan restricciones relativas al daño ocasionado a los clientes de entidades financieras que son parte contratante en cualquier modalidad de operaciones de pasivo cuyos depósitos quedan en descubierto debido a una actuación imputable habitualmente por negligencia al ente bancario o financiero predisponente, puesto que ello supone la inclusión automática de los datos identificativos de la persona del cliente en listas y en registros de morosos de las entidades de crédito.

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España [*Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al año 1996, pág. 57*] estima contraria a las buenas prácticas bancarias la ausencia de diligencia empleada por el banco al no atender las instrucciones recibidas de un cliente, quien, en su momento, dio orden de que los pagos derivados de la utilización de una tarjeta de crédito fuesen domiciliados en una cuenta abierta en otra entidad, pues continuó adeudando esas cantidades en la primitiva cuenta, la cual, ante la previa falta de saldo positivo suficiente, quedó en descubierto; y aunque este olvido de la entidad fue subsanado con las rectificaciones procedentes, resolviendo así las incidencias económicas de su equivocación, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España se pronunció favorablemente respecto al reclamante porque se le ocasionaron perjuicios en su imagen tras su inclusión, por error, en un registro o base de datos de morosos, inclusión que muy raramente se produce por error, ya sea éste humano, informático o por deficiencias del sistema en general, por lo que tales registros tienen una gran fiabilidad para los gestores y las entidades que suelen hacer uso de la información contenida en ellos.

Por consiguiente, si se valora negativamente la exclusión de responsabilidad por daño moral a través de una vía de hecho, no vemos inconveniente en apreciar de igual manera, otorgándole la calificación de abusiva, tal exclusión cuando la misma quede incluida en un formulario de condiciones predispuestas e impuestas por parte de un empresario o profesional frente a quien posee la cualidad personal de consumidor o usuario.

En segundo lugar, y con base en la prospección de contratos-tipo de entidades financieras que ofrecen el servicio de cajas de seguridad realizada por S. QUICIOS MOLINA [*Comentario cit., pág. 1.016*], son abusivas aquellas cláusulas que, en este ámbito, disponen que, en el caso de que, por cualquier motivo, la compañía de seguros o, en su caso, el banco vinieran obligados a satisfacer una indemnización al usuario, ésta será fijada en función del daño objetivamente producido, exclusión hecha del perjuicio moral.