

EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: SU APLICACIÓN AL CONTRATO DE ALQUILER DE VEHÍCULOS¹

Dr. Pascual Martínez Espín

Catedrático acreditado de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Este artículo analiza el control de las condiciones generales de la contratación y su aplicación al contrato de alquiler de vehículos.

Palabras clave: control de condiciones generales de la contratación, contrato de alquiler de vehículos.

Title: The control of the general conditions of the contract: its application to rental agreements vehicles

Abstract: This article discusses the control of the general conditions of the contract and its application to rental agreements vehicles.

Keywords: general conditions of the contract, rental agreements vehicles.

SUMARIO: 1. Las condiciones generales de la contratación. 2. El control de las cláusulas abusivas. 3. El control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato. 4. El control de incorporación. 5. El control de transparencia. 6. Requisitos de las cláusulas abusivas. 7. Consecuencias de los controles. 8. Su aplicación al contrato de alquiler de vehículo.

1. Las condiciones generales de la contratación

El apartado 1 del artículo 1 LCGC dispone que "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". La exégesis del precepto ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes –aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Resulta irrelevante para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias, así como que el adherente sea un profesional o un consumidor. El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas tampoco es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. El conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias –singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial. La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. Tampoco equivale a negociación individual susceptible de

eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario. Por último, debe señalarse que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud.

2. El control de las cláusulas abusivas

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (por todas SSTJUE 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11, apartado 19; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d'Estalvis de Catalunya C-415/11, apartado 44; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartado 41).

Con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que “[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”. Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. Como señaló la STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010, las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas. En este sentido, la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (SSTJUE Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32).

En definitiva, como ha reiterado el TJUE “el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual” (SSTJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 32, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42+43 y 21 febrero 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23). Este deber no solo comprende el de apreciar la abusividad cuando esta aparezca demostrada de forma clara y contundente pues el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva (SSTJUE de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, apartado 56, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 44; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 24 y 14 marzo 2013 Aziz vs. CatalunyaCaixa, apartado 4). Sin embargo, el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula (STJUE de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 33).

3. El control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato

El decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 indica que “[...] a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”. La citada Directiva dispone en el artículo 4.2 que “[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

El precepto no define qué debe entenderse por cláusulas “que describan el objeto principal” del contrato o referidas “a la definición del objeto principal”, ante lo que la doctrina se halla dividida:

- a) Una parte de la doctrina diferencia entre las cláusulas “principales” que son las que definen directamente el “objeto principal” y las cláusulas “accesorias” que no definirían el “objeto principal”. Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual.

- b) Otra sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva.
- c) Una tercera parte sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo.

El Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante IC 2000) diferencia entre "[l]as cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva".

Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal (vgr. cláusula suelo) no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y el artículo 4.2 que "[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]".

Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40 "[...] no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una

parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible". En conclusión, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control (de incorporación y de transparencia) que exponemos a continuación.

4. El control de incorporación

Las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-.

El artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]-; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Respecto del alcance del requisito de la accesibilidad, hay que distinguir tres supuestos (art. 5 LCGC):

1. Contratos en forma escrita. Si las condiciones generales se contienen en el documento contractual, quedarán incorporadas al contrato con la sola condición de que aparezcan redactadas completamente sobre la firma del adherente. **Si las condiciones generales figuran en el anverso del contrato, pero por debajo de la firma, o en el reverso, se consideran accesibles si justo encima de la firma del adherente se hace una referencia expresa a la existencia de las condiciones generales y a su ubicación.** Por último, si las condiciones generales no figuran en el documento contractual, sino en documento aparte, justo encima de la firma del adherente en el anverso debe hacerse una referencia a la existencia de las mismas, y debe entregarse un ejemplar del documento que las contenga. En este último caso basta con que el adherente firme en el documento contractual, no siendo preciso su firma en el documento que contiene las condiciones generales.
2. Contratos en forma no escrita. El art. 5.3 LCGC se refiere a los contratos "que no deban formalizarse por escrito". No deben formalizarse por escrito aquellos contratos respecto de los que resultaría social o económicamente desproporcionada la exigencia de forma escrita desarrollada. Se trata de contratos de tráfico ordinario y, a veces, cotidiano, de escaso interés

económico y complejidad jurídica, y sometidos a pocas y, a menudo, sobradamente conocidas condiciones generales. En estos casos, las condiciones generales se consideran accesibles cuando, de cualquier manera, pueda tener el adherente conocimiento de las condiciones generales antes o durante la celebración del contrato. El propio artículo menciona dos de los métodos más habituales: la inserción de las condiciones generales en el resguardo justificativo de la operación (ticket, boleto, entrada, etc.) o su inserción en anuncios o carteles expuestos al público. No obstante, se debe tener por cumplido el requisito de accesibilidad, cuando de cualquier otra manera ha podido conocer el adherente las condiciones generales.

3. Contratación telefónica o electrónica. El art. 5.4 LGCG, reproducido ahora en el art. 80.1.b).II TRRLCU, contiene una regla particular, según la cual para que las condiciones generales se incorporen al contrato, se requiere: i) que conste la aceptación por el consumidor de cada una de las condiciones generales, y ii) que se envíe inmediatamente al adherente justificación escrita –o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera- de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma. Este art. 5.4 ha sido desarrollado por el RD 1906/1999, de 17 de diciembre, que exige que la información al adherente sobre las condiciones generales se lleve a cabo en un doble momento: i) antes de celebrar el contrato, y con una antelación razonable, que como mínimo será de tres días naturales; ii) después de celebrado el contrato, debe enviarle al adherente una confirmación documental del contrato efectuado.

5. El control de transparencia

Además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por la STS 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”.

El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que “[...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]”, y el artículo 5 dispone que “[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”.

El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que “[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita significa que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

En este sentido apunta el IC 2000, según el cual “[...] el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando nº 20) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)”.

Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante. Como afirma el IC 2000, “[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa”. En este sentido la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, ya citada, apartado 49, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente “[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]”.

En la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo, se concluye que las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad – caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

6. Requisitos de las cláusulas abusivas

Que una cláusula sea clara y comprensible no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad –este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor. La LCGC requiere que sean perjudiciales para el adherente y contrarias a la propia Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva. Así lo dispone el artículo 8.1 LCGC a cuyo tenor “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, el artículo 8.2 LCGC remite a la legislación especial: “[e]n particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario”. La normativa no contiene especiales precisiones de qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que no es posible limitarla a la esfera subjetiva, siendo necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un comercio libre.

El control del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores:

- a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes.
- b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

- c) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación (obligaciones no recíprocas, vgr. contrato de préstamo).
- d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

7. Consecuencias de los controles

La consecuencia de los controles de incorporación y de contenido es la ineficacia de las condiciones generales o cláusulas predispuestas que no los superen. Esta ineficacia se regula en los arts. 7 a 10 LCGC y 83 TRLCU. En principio, se deduce del art. 7 LCGC que la ineficacia de las condiciones generales inaccesibles o incompresibles consiste en su no incorporación al contrato (una categoría muy similar a la inexistencia), en tanto que el art. 8 LCGC declara nulas las condiciones generales ilegales o abusivas. En conclusión, tienen el mismo régimen las cláusulas que no superen el control de incorporación que las que no superan el control de contenido.

8. Su aplicación al contrato de alquiler de vehículo

A la vista de la doctrina expuesta, podemos examinar la legalidad de ciertas cláusulas insertas en el contrato de alquiler de vehículo:

8.1 *Sobre la validez de las cláusulas que se encuentran en el reverso del contrato de alquiler de vehículo*

Conforme a la doctrina expuesta, si las condiciones generales figuran en el anverso del contrato, pero por debajo de la firma, o en el reverso, se consideran accesibles si justo encima de la firma del adherente se hace una referencia expresa a la existencia de las condiciones generales y a su ubicación.

8.2 *¿Es abusiva una cláusula que ha sido consentida por el consumidor mediante su firma? O dicho de otro modo ¿puede hablarse de cláusulas abusivas también en estos casos o, las mismas no disponen de este carácter dado que han sido asumidas por el consumidor a través de la suscripción de ellas mediante la firma de éste?*

La respuesta a la cuestión planteada radica en el fundamento del específico control de contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas en los contratos con consumidores. Las condiciones generales o cláusulas predispuestas en contratos con consumidores no tienen fuerza de ley entre las partes, como para los contratos en general dice el art. 1091 CC, por la mera adhesión, si no superan un control al que precisamente no están sometidos los demás contenidos

contractuales. Con el art. 86 TRRLCU, que considera abusivas "en cualquier caso" ciertas condiciones generales que se aparten del Derecho dispositivo, no cabe decir que son vinculantes por haber sido consentidas. Más bien, las condiciones generales en contratos con consumidores y en ciertos casos no vinculan por sí mismos, sino por su conformidad con el Derecho dispositivo.

La voluntad del consumidor manifestada a través de la adhesión es vinculante, pero bajo presupuestos distintos de los generales. No merece el tratamiento de una voluntad coaccionada, porque no llega a ese extremo (art. 1270 CC), pero no se valora igual que la manifestada en acuerdos individuales. Tampoco importa que existan en el mercado otras opciones respecto de las condiciones generales, porque la alternativa consistente en buscar las mejores condiciones generales es ineficiente, en contratación con consumidores, por lo que no es exigible. La renuncia a contratar tampoco es una alternativa aceptable. En conclusión, al consumidor no puede imputársele el contenido de las condiciones generales, cualquiera que éste sea, por haberlo consentido o podido conocer, sino solamente en la medida en que sea equilibrado.

8.3 *¿Es abusiva la cláusula de un contrato de alquiler de vehículo sobre depósito lleno/vacío?*

En las Condiciones Generales de Alquiler de vehículos se establece la cláusula "Política de Combustible, a) Oferta Lleno/Vacío" que señalaba (en los alquileres de más de tres días) la obligatoriedad de entregar el vehículo con el depósito vacío, lo que comporta necesariamente para el cliente la renuncia en todo caso de cualquier resto de combustible que, eventualmente, pudiera existir en dicho depósito en el momento de la devolución, todo ello cuando previamente el usuario había abonado el importe total del combustible. El cliente pierde el combustible existente en el depósito en el momento de la devolución (con el consiguiente enriquecimiento de la otra parte). Además la entrega de dicho depósito vacío resulta difícilmente posible.

La LCGC, al transponer la Directiva y reformar la LGDCU, dejó fuera el contenido del art. 4.2 de la Directiva conforme al cual el control de contenido no se extiende "a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de una manera clara y comprensible". Por tanto, no es posible controlar esos contenidos contractuales, porque la cláusula general del art. 82 (buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones) no trata de un equilibrio económico, sino jurídico, y porque la justificación de un control de precio no puede consistir en el procedimiento contractual empleado, sino en otras razones. No son susceptibles del específico control los contenidos, aún

regulados en condiciones generales, que se refieran a las prestaciones y el precio en sí mismo, pero son controlables las que se refieran a los criterios para su determinación. Tampoco, la equivalencia de las prestaciones, ni la finalidad o causa del contrato. No obstante, están sometidas a control de contenido las condiciones generales relativas a los elementos esenciales si no son claras y comprensibles. La regla de la prevalencia de los acuerdos individuales sobre las condiciones generales y la censura de las cláusulas sorprendentes, aunque la Ley no la recoja expresamente, pueden contribuir a eliminar condiciones predispuestas que modifiquen o alteren los elementos esenciales tal como al predisponente consta que el cliente se los representó o tal como éste tuvo razones suficientes para representárselos. Al estar los citados elementos exentos de un específico control de contenido, se podría sostener la exclusiva aplicación de las normas generales de los contratos al control de su transparencia. Esto obliga a aplicar las cláusulas relativas al precio y contraprestación, los requisitos de inclusión y transparencia.

La transparencia respecto de los elementos esenciales cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y la prestación que va obtener de la otra parte, o si se quiere la equivalencia de las prestaciones, siempre que el contrato se ejecute conforme a lo previsto. No hay control de equilibrio de prestación, sino de control de claridad para que le pueda ser imputado al consumidor el conocimiento de las prestaciones que asumen las partes en el desenvolvimiento normal del contrato. Esto puede conocerlo o no, pero le es imputable su conocimiento si la condición general o cláusula predispuesta que contiene la determinación de los elementos esenciales es transparente. Los elementos esenciales en cuanto están exentos de control de contenido deben someterse a un control de consentimiento (inclusión, transparencia) y viceversa las demás condiciones generales o cláusulas predispuestas que no está sometido a controles de consentimiento suficientes, debe quedar sometido a especial control de contenido.

En cuanto a los elementos esenciales, la buena fe exige transparencia sobre lo que típicamente provoca la decisión del consumidor. No se controla el equilibrio objetivo de las prestaciones de las partes pero sí la claridad de las mismas. Naturalmente, la falta de transparencia debe entrañar algún perjuicio para el consumidor, pero éste no ha de consistir en un desequilibrio económico objetivo entre las prestaciones, sino que basta que el contrato en su normal ejecución suponga para él una mayor carga económica respecto de la que razonablemente podría ser prevista, aunque esté justificada objetivamente.

Ahora bien, no cualquier cláusula que se refiera a los elementos esenciales queda excluida del control de contenido. Así, están sometidas a control las cláusulas que contengan suplementos que supongan

incrementos de precio por servicios o prestaciones accesorias, financiación, aplazamientos o recargos. Según el art. 89.5 son abusivas las respectivas cláusulas si esos suplementos o recargos no son susceptibles de ser aceptados o rechazados con la debida claridad o separación". Se trata de un problema de transparencia. Si se establecen con claridad y la debida separación para que sean aceptados o rechazados de modo especial, no estarán sometidas a control las cláusulas que las contengan.

La cuestión es si dicha cláusula es un elemento esencial del contrato. En mi opinión es indiscutible que la cláusula de depósito lleno/vacio no es un elemento esencial del contrato, como no lo son las cláusulas de interés moratorio, etc. Es un elemento accidental, porque las partes que contratan servicios de alquiler de vehículo no consideran tales elementos como determinantes de su opción de contratar. Por tanto es perfectamente posible el control de contenido, cuyo examen realizo en el apartado siguiente.

8.4 *Si dicha cláusula no afecta a un elemento esencial ¿podría considerarse cláusula abusiva por falta de reciprocidad en el contrato, en perjuicio del consumidor?*

En torno a la cuestión planteada se formulan las siguientes consideraciones:

El apartado 4 de este artículo 82 del TRLGDCU está referido a la denominada lista negra de cláusulas abusivas recogida en los artículos 85 a 90 del mismo, es decir aquellas cláusulas que en cualquier circunstancia son abusivas:

"4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable."

Analizados los supuestos contenidos en la llamada lista negra, la única forma de calificar la cláusula como abusiva es por falta de reciprocidad.

“Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.

Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.
2. La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario.
3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad.
4. La posibilidad de que el empresario se quede con cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato.
5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado.

6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o

la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados”.

A nuestros efectos pueden resultar de aplicación las siguientes:

- La causa 2ª relativa a la falta de reciprocidad en caso de indemnizaciones por desistimiento del consumidor. No es de aplicación pues no hay desistimiento del contrato entendido como renuncia a la celebración o ejecución del contrato. No estamos ante arras penitenciales o de desistimiento.
- La causa 4ª relativa a la resolución por el empresario pues no hay prestaciones pendientes de cumplir a causa de la resolución del empresario por el incumplimiento del consumidor.
- La 5ª relativa al cobro por productos no usados pues no es abusivo fijar un precio global o a tanto alzado cuando el consumo global se determina a priori, al inicio del contrato, con independencia de que el consumidor lo agote o no, o cuando la forma de fijar el precio no genera de forma cuasi automática, ni en la práctica totalidad de los casos, un excedente a favor del empresario.

Cuándo hay un listado específico para ciertas cláusulas (vgr. reciprocidad) y la cláusula en cuestión no encaja en el mismo, ¿cabe ir a la regla general? La respuesta ha de ser afirmativa, pues no se trata sólo de una cuestión de falta de reciprocidad, sino de una **cláusula que con carácter típico produce un enriquecimiento injusto de una sola de las partes, que es contrario a la buena fe.** En el presente supuesto, es evidente que no existe reciprocidad fáctica, porque el depósito muchísimas veces estará más que vacío, pero nunca estará menos que vacío. Es decir, la empresa obtendrá una ganancia con el combustible en los casos en que exista un sobrante. Sin embargo, dado que no podemos encajar dicha cláusula en la lista del art. 87 debemos acudir al art. 82.

El artículo 82.1 del TRLGDCU establece la denominada cláusula general para determinar el carácter abusivo de las cláusulas abusivas contractuales no negociadas individualmente y dispone al efecto lo siguiente:

Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas

expresamente que, **en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato** (la negrita es nuestra).

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”.

A tenor de dicho precepto para que una cláusula de un contrato pueda ser considerada como abusiva se tienen que dar tres requisitos: que no exista negociación individual de las cláusulas del contrato, **que se produzca en contra de la buena fe un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes**, y que las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa, lleven a tal conclusión. **En el presente supuesto**, es evidente que la empresa no tiene ningún interés en que se lo den vacío, por lo que la cláusula **persigue un interés ilegítimo, simplemente enriquecerse de forma injusta a costa de los consumidores (art. 7 CC). Por ello esta cláusula es contraria a la buena fe y abusiva porque supone un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, considerando no un contrato individual sino la totalidad de los contratos que se celebran por los consumidores.**

8.5 *Responsabilidad de los intermediarios por condiciones generales redactadas por las empresas proveedoras cuando el contrato se celebra entre el consumidor y el agente intermediario*

En ocasiones los empresarios manifiestan que se dedican a gestionar los intereses de otro, en uno de estos supuestos, reservas de alquiler de vehículos y de otros servicios relacionados con el turismo, pero no prestando directamente estos servicios, sino realizando únicamente funciones de intermediarios, siendo la responsable de las condiciones establecidas la empresa proveedora, estando el cliente debidamente informado antes de formalizar el contrato de alquiler con la empresa proveedora del servicio, constando en el mismo que todas las reservas que el “Agente” consiga se realizarán siguiendo las instrucciones

marcadas con el empresa proveedora y que la responsabilidad única de aquél es la de informar de las condiciones a los clientes. Asimismo se manifiesta que los documentos que se emiten son, p. ej., bonos de reserva y no contratos emitidos por la empresa proveedora, y que ellas no obtienen ningún enriquecimiento por la condición fijada, lo único que hacen es cumplir el mandato de su comitente. Dichas entidades hacen constar habitualmente sus datos en los documentos que emiten para su aceptación por el consumidor y a través de su alegada labor de intermediación establecen, al parecer, una relación de gestión con otras, siendo sustitutas de su principal en tareas que efectúan siguiendo sus instrucciones y tramitando sus intereses. Así, podría decirse que aunque esté desempeñando el encargo que le hizo su comitente, ejerciendo sus labores de intermediación, el caso es que esta entidad es la que se da a conocer y la que contrata con el consumidor, estipulando unas condiciones desfavorables para éste y, asimismo, es ella el instrumento mediante el cual el consumidor es perjudicado en sus derechos. Por tanto resulta que a través de la interesada se hace efectiva la cláusula abusiva imputada y es con su colaboración como la cláusula queda incorporada al contrato que sin su intervención no se hubiera celebrado, infiriéndose de ello un enriquecimiento injustificado que el consumidor afectado entendemos que no tiene obligación de soportar, debiendo tenerse en cuenta que esta entidad resulta ser quien suscribe el documento extendido (que recoge la "confirmación" efectuada) y es en el mismo donde se especifican las condiciones del alquiler que han sido aplicados.

Al respecto podría sostenerse que el agente o intermediario sólo es responsable por la información que facilita al consumidor, siendo responsabilidad de la empresa proveedora el cumplimiento del resto de obligaciones. Sin embargo, el supuesto es idéntico al de las agencias de viajes intermediarias respecto a los contratos de viaje combinado celebrados entre el consumidor y el organizador o mayorista, por lo que procede ofrecer una misma respuesta, dada la identidad de supuestos (analogía). A este respecto cabe recordar que la jurisprudencia ha establecido la responsabilidad solidaria de mayorista y minorista, por los daños causados al consumidor (**TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, sentencia núm. 870/2009 de 20 enero, RJ 2010\158**).

Los razonamientos que justificaron en su día la configuración de la responsabilidad como solidaria fueron los siguientes:

- a) que existe un mandato entre mayorista y minorista. Se habla de que en algunos casos se produce una representación indirecta. Esta tesis ha sido rechazada por la sentencia de esta Sala de 23 julio 2001, al señalar que de la actividad que las agencias minoristas realizan en el tráfico turístico, se pone de manifiesto que éstas no actúan como comisionistas o mandatarias de las agencias mayoristas sino que venden directamente al usuario o consumidor los productos creados

por las agencias mayoristas. La actividad de intermediación deriva de una regulación legal que así la impone y no de un contrato de comisión entre el comitente, la agencia mayorista, y el comisionista, la agencia minorista; en conclusión, la relación existente entre la agencia minorista y el usuario es la propia derivada de un contrato de compraventa, actuando la agencia como vendedora, en nombre y por cuenta propia, de los productos creados por ella o por una tercera agencia mayorista.

- b) Que hay responsabilidad por el uso de terceros auxiliares en el cumplimiento del contrato. Sin embargo, no se puede afirmar como regla general que quien debe responder es el mayorista porque utiliza a las agencias minoristas, ya que la agencia funciona como tal y asume su propio riesgo y por ello no es un auxiliar del mayorista.
- c) Que la solidaridad tiene como finalidad la protección del consumidor. Efectivamente esta es la razón de la propia Directiva 90/314/CEE, cuando en su Exposición de motivos dice que:

"Considerando que la letra b) del punto 36 del Anexo de la Resolución del Consejo, de 19 de mayo de 1981, relativa a un segundo programa de la Comunidad Económica Europea sobre la política de protección e información del consumidor invita a la Comisión a estudiar, entre otras cosas, el tema del turismo y a presentar, en su caso, las oportunas propuestas, teniendo en cuenta su incidencia en la protección del consumidor y los efectos de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros sobre el buen funcionamiento del mercado común" y añade que "el consumidor debe beneficiarse de la protección que establece la presente Directiva, ya sea parte en el contrato, cesionario o miembro de un grupo en cuyo nombre otra persona haya celebrado un contrato relativo a un viaje combinado".

- d) Finalmente, la solidaridad se defiende diciendo que tienen obligación de responder los que se benefician con el precio pagado.

Los razonamientos expuestos hasta aquí obligan a confirmar la solidaridad en la responsabilidad del mayorista y del agente intermediario. A las razones ya expresadas, se debe añadir que:

- a) la normativa sobre protección de consumidores y usuarios establece en general la solidaridad cuando sean varias las personas que deben responder frente a un consumidor por los daños causados. Así, por ejemplo, el artículo 27.2 de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establecía que "si en la producción del daño concurrían varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados", el artículo 7 de la ley 22/1994, de 6 julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos

defectuosos (repetido en el artículo 132 del Texto refundido) establece que "las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley lo serán solidariamente". Por otra parte, las reglas del Draft Common Frame of Reference (DCFR, 2009), en el artículo III.-4:103 (2) dice que si los términos de la obligación no determinan el tipo, la responsabilidad de dos o más deudores que deben cumplir la misma obligación es solidaria, lo que se aplica especialmente cuando sean responsables por el mismo daño.

- b) El segundo argumento consiste en que la confianza del consumidor se centra en la persona o sociedad con quien contrata, que es el minorista y prácticamente nunca con el mayorista. Este es un nuevo argumento que va a favorecer la protección del consumidor, que es lo que se trata de obtener con las normas que establecen la responsabilidad solidaria. De este modo resulta lógico que el minorista responda frente al consumidor y para no dejarle desamparado, la regla de la solidaridad le va a permitir repetir contra el mayorista.
- c) La finalidad de la Directiva, como ya se ha expresado es la protección del consumidor y éste en las Directivas que establecen regulaciones especiales para determinados contratos, excepto en la de Viajes combinados, goza de la garantía expresa de la solidaridad, lo que no impide que las responsables condenadas puedan ejercitar las correspondientes acciones de regreso contra quien haya causado verdaderamente el daño o parte del mismo.

La expresión del artículo 1137 CC que establece que solo habrá lugar a la solidaridad "cuando la obligación expresamente lo determine", se ha matizado, "sin que se exija con rigor e imperatividad el pacto expreso de solidaridad" (SSTS 17 octubre 1996, 29 junio 1998, 11 julio 2006), especialmente cuando concurre una comunidad de objetivos. Esta doctrina debe aplicarse a este caso. En conclusión, la responsabilidad del intermediario y de la empresa prestadora de los servicios y redactora de las cláusulas abusivas es solidaria.