

EL CONTROL DE LA ADECUACIÓN ENTRE PRECIO Y PRESTACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LAS CLÁUSULAS PREDISPUESITAS

Jesús Alfaro Aguila-Real
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Introducción

1. La **cuestión más difícil** del Derecho de las condiciones generales es la de establecer los límites al control del contenido, es decir, qué contenidos contractuales pueden ser modificados – anulados – por los jueces en ejercicio de la facultad que la Ley les otorga para anular las cláusulas predispuestas (no negociadas individualmente) que sean abusivas¹. La cuestión tiene sentido porque el legislador comunitario, en la Directiva 13/93 **ha excluido del control del contenido las cláusulas predispuestas que recojan el precio y la prestación** y se deduce con claridad de la historia de la norma que se trataba de evitar que los jueces pudieran controlar los precios, asegurando, de esta forma, la función de asignación de los recursos que corresponde al mercado. Sin embargo, esta exclusión no impide a los jueces **controlar la transparencia de estas cláusulas**, lo que permite anular, por esta razón, cláusulas predispuestas que regulan los **elementos esenciales del contrato**. Al examen de estas cuestiones está dedicada esta exposición. Se examina, en primer lugar, de modo breve, la justificación del control del contenido de las condiciones

El fallo de mercado que pretende resolver el Derecho de las condiciones generales

2. Contratar es costoso. Lleva tiempo y, tiempo, es algo que no le sobra ni al más rico de los mortales. Por eso, nadie lee la letra pequeña de los contratos, esas cláusulas que el empresario tiene redactadas de antemano y que incluye en el contrato “sin preguntar” al consumidor. No lo hacemos cuando contratamos un seguro, cuando compramos un billete de avión, cuando abrimos una cuenta corriente o cuando alquilamos un coche. Y mucho menos cuando llevamos el traje a la tintorería o cuando sacamos una entrada de cine. Hacemos bien. **No es racional preocuparse del contenido de esas cláusulas**. Sería un tiempo perdido. A menudo son muy largas y difícilmente comprensibles. Y, aunque lográramos saber qué dicen, si lo que averiguamos no nos gusta, tendríamos que decir que no queremos el coche, el seguro o la cuenta y dirigirnos a otra empresa para comenzar de nuevo. Al final,

¹ En lo que sigue, hablaremos de condiciones generales y de cláusulas predispuestas no negociadas individualmente como sinónimos.

probablemente nos encontraríamos con que todas son parecidamente malas para el consumidor. ¿Por qué? Porque **los empresarios** no son tontos. Saben que compramos el billete o abrimos la cuenta en función de lo barato que sea el primero o de lo bueno que sea el servicio de la segunda, despreocupándonos del contenido de las cláusulas impresas. Por tanto, si no nos importan, **¿por qué habrían de ofrecernos mejores condiciones?** Prefieren centrar su atención en ofrecernos buenos precios y buenos accesorios para que no nos vayamos a la competencia y utilizarán las cláusulas para rebajar sus costes poniendo a cargo del consumidor todos los que puedan para, de esta forma, poder ofrecer mejores precios que la competencia. En las páginas que siguen trataremos de exponer, de forma breve, cómo resuelve este problema el ordenamiento jurídico proporcionando protección al que se limita a adherirse a las cláusulas predispuestas frente al riesgo de que éstas contengan previsiones inicuas.

Función económica de las condiciones generales

3. Las empresas utilizan cláusulas predispuestas o condiciones generales por las mismas razones por las que toman muchas de sus decisiones: para ahorrar costes. **Las condiciones generales reducen los costes de celebración y regulación de los contratos** – economías de escala – y facilitan, en el seno de la empresa, la división de tareas y la coordinación entre sus miembros porque todas las cuestiones jurídicas relativas a la contratación de la empresa con clientes o proveedores están reguladas de antemano, de manera que todos los miembros de la organización saben a qué atenerse sin necesidad de comunicarse en cada ocasión (¿hay que cobrar la mano de obra en el servicio post-venta? ¿está cubierta por la garantía una determinada reparación? ¿está excluido el riesgo de huracanes del seguro de hogar?). Además, **permiten a las empresas realizar un cálculo anticipado de los costes**, al saber a priori qué hechos van a determinar su responsabilidad y qué riesgos corren a cargo del cliente. Por último, en alguna medida, **umentan la seguridad jurídica** al establecer una regulación mucho más detallada de contratos de la que resulta del Derecho supletorio. Estas ventajas económicas nos hacen intuir ya que no sería una buena idea prohibir el uso de cláusulas predispuestas. Pero permitir su uso no significa que deba considerarse aceptable el desplazamiento de riesgos contra el adherente que normalmente contienen.

El significado de la adhesión y la libertad contractual

4. Jurídicamente, la discusión se ha centrado en un problema previo al del control de las cláusulas predispuestas, a saber, el de justificar que una firma al pie de un formulario o la simple exposición de la cláusula en el local de negocio sea suficiente para que el adherente quede vinculado. El problema es que una valoración jurídica coherente con un sistema de libertad contractual **impide calificar la adhesión prestada por el cliente como consentimiento contractual**. La razón es bien sencilla: **el consentimiento implica aceptación libre y la adhesión a un**

clausulado predispuesto es sólo aceptación voluntaria (no violentada). Y es que para que podamos afirmar que alguien acepta *libremente* un contrato o, en otras palabras, se “autodetermina” es necesario que su aceptación (no violentada) se produzca en un marco competitivo. Simplificando mucho, un contratante actúa libremente cuando celebra voluntariamente el contrato siempre que le cupiera como alternativa razonablemente disponible la renuncia a contratar (esto es, dirigirse a la competencia). Esto puede comprenderse fácilmente apelando a la experiencia privada del lector. **Es la existencia de competidores lo que nos permite rechazar una oferta y, por tanto, lo que nos asegura que si aceptamos la oferta, lo hacemos libremente porque es la mejor de entre las disponibles.** Algunos autores tienden a considerar, a nuestro juicio equivocadamente, que lo que permite afirmar que un contratante ha actuado libremente es que, en la celebración del contrato, haya existido “regateo” o negociación.

5. Pero **esta teoría que podríamos llamar “del zoco” no resulta convincente.** En una sociedad de producción y distribución en masa, lo que garantiza la libertad del cliente **no es la posibilidad de regatear**, sino la posibilidad de seleccionar entre opciones alternativas y transparentes². Es más, el regateo es una actividad costosa que, cuando el mercado se hace más competitivo, desaparece. Recuérdese la última vez que el lector regateó para determinar los términos del contrato y, parece obvio, que si uno puede negarse a contratar -cuando la oferta que le hacen no le gusta- y dirigirse a otro competidor para encontrar una mejor oferta, está actuando libremente.
6. **No es, tampoco, la igualdad económica la que garantiza la efectividad de la libertad contractual para producir resultados justos.** En este sentido, la jurisprudencia constitucional alemana ha elaborado tres grupos de casos, exigiendo la intervención del legislador y de los jueces corrigiendo contratos entre particulares sobre la base del art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn (libre desarrollo de la personalidad) cuando exista un “*sometimiento económico estructural*” de una parte a la otra (ej., relación entre el agente comercial y el principal); un *sometimiento intelectual-emocional* (ej., las fianzas prestadas por familiares) y un *sometimiento situacional* de una parte a la otra derivado de “*que el Derecho imperativo (del seguro) ... priva al tomador del seguro de la posibilidad de proteger sus derechos mediante acuerdos contractuales*”, porque no es posible negociar las condiciones del contrato³. La expresión genérica que se usa en la doctrina alemana es la de “**distorsión de la paridad contractual**” (*gestörte Vertragsparität*), es decir, no hay igualdad

² Como recuerda Rubin, “**el poder de los consumidores no proviene del regateo cara a cara sino de la competencia en el mercado. Como los abogados están implicados profesionalmente en el primero pero no en el segundo, tienden a infravalorar dicho poder**”, P. RUBIN, “Courts and the Tort-Contract Boundary in Product Liability”, en F. BUCKLEY (ed), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Duke U. Press 1999; resume la doctrina alemana al respecto, U. WACKERBARTH, “Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge”, *AcP* 200(2000) p 45 ss., p 69 ss.

³ V., MÜLBERT/LEUSCHNER, *ZHR* 170(2006) p 649-651.

entre las partes y eso hace que una de ellas no pueda autoprotgerse y defender adecuadamente sus intereses en el contrato.

La actitud de los consumidores ante las condiciones generales y los incentivos de los empresarios

7. Pues bien, la posibilidad de negarse a contratar y dirigirse a la competencia (o mejor, la renuncia a contratar como opción alternativa) no está disponible para el adherente a condiciones generales. Por una razón muy sencilla. **Los consumidores no leen las condiciones generales y, consecuentemente, no las tienen en cuenta a la hora de contratar**, a la hora de seleccionar entre un cocontratante y otro. Y **no hacerlo constituye un comportamiento racional**, porque los costes de comparar superan las eventuales ventajas que, en forma de mejores condiciones generales, se obtendrían. Como ha explicado Katz, "... Cualquiera que sea la regla legal, **en equilibrio, nadie al que se le ofrezca un contrato de adhesión leerá la letra pequeña**. La intuición que justifica esta afirmación es la siguiente: supongamos que (entre todos los adherentes) hay algunas personas que leen la letra pequeña. De estos <<lectores>> separemos al subgrupo que valoren al máximo la calidad o las cláusulas similares de la letra pequeña. Obtendrán una calidad no superior a la que sea exactamente necesaria para inducirles a aceptar la oferta. Por tanto, no considerarán que merezca la *pena* realizar el esfuerzo de leer las cláusulas en primer lugar, y consiguientemente, los más exigentes <<abandonarán>> el grupo de los que leen la letra pequeña. Pero el argumento puede repetirse para el siguiente subgrupo de los contratantes más sensibles a la calidad de entre los restantes y, así sucesivamente de forma que no quedarán personas que lean la letra pequeña. En consecuencia, una regla que imponga responsabilidad a los consumidores por no leer la letra pequeña no conseguirá que la gente la lea"⁴. Es un problema de selección adversa.

8. Así pues, y como hemos explicado más arriba, los empresarios no están incentivados para mejorar sus condiciones generales porque saben que con ello no ganan ni pierden clientes (ya que éstos no las tienen en cuenta a la hora de contratar). Paradójicamente, pues, si hay una competencia muy intensa en un sector, las condiciones puedan ser cada vez peores, porque los empresarios traten de ahorrar costes (para poder bajar los precios) allí donde los consumidores no atienden (en las condiciones generales)⁵. En definitiva, la competencia entre oferentes no garantiza el

⁴ A. KATZ, "Your Terms or Mine? The Duty to Read Fine Prints in Contracts", *RAND J. Econ.* 21(1990) p 518 ss., p 519; v., también R. KOROBKIN "A "Traditional" and "Behavioral" Law-and-Economics Analysis of *Williams vs. Walker-Thomas Furniture Company*" UCLA Law School working paper 03-24, disponible en www.ssrn.com en diciembre de 2004, "if the cross-collateralization clause is printed in one point type that cannot be read by the naked eye, then the shopping behavior of buyers will not force sellers to remove the term if it is inefficient ex ante"

⁵ Esto es ya doctrina generalmente aceptada en Alemania, v., WACKERBARTH, *AcP* 200(2000) p 70 con más indicaciones. En EE.UU v., POSNER, *Contract Interpretation*, p 6-7: "form contracts used in consumer transactions tend to be one-sided (pero) it may be objected

contenido de las condiciones generales que los consumidores desean precisamente porque el contenido de las condiciones generales no forma parte de la lucha competitiva⁶.

¿La reputación sustituye eficazmente al control del contenido?

9. Una objeción al planteamiento expuesto – y sugerido por Bebchuk⁷ – puede encontrarse en la eficacia de la **reputación**. En un mercado competitivo, a los empresarios les preocupa su reputación por su valor para “señalizar” la calidad de su empresa y sus productos e inducir a los consumidores a comprarles y a pagar, en su caso, un precio superior al que pagan por productos semejantes de empresas sin reputación. **Si una empresa incluye entre sus condiciones generales cláusulas abusivas y, sobre todo, si exige su cumplimiento judicialmente, su reputación se verá dañada** sobre todo teniendo en cuenta la creciente publicidad que reciben las sentencias que se refieren a estas cuestiones. Por tanto, un empresario reputado no incluirá o, en todo caso, **no aplicará** condiciones abusivas. Ahora bien, los consumidores no sufren este problema porque carecen de reputación comercial y no se les condena, normalmente a pagar indemnizaciones de daños. De manera que la inclusión de cláusulas abusivas permite a los empresarios desincentivar a **consumidores oportunistas**, esto es, a consumidores incumplidores incluyéndolas en

that competition can be relied upon to yield the optimal form. But that is doubtful. Hidden traps in the language of a contract are sprung only on the rare occasion in which there is a legal dispute. **The expected benefit of a “good” form to the consumer is therefore slight and so is unlikely to figure in his decision to buy the seller’s product, while the seller, having much better knowledge of the likelihood and consequences of such a dispute, will anticipate a small gain from imposing a “bad” form on his customers.** In principle, other sellers could outcompete him by offering better forms to consumers, but it will be difficult to profit by this route. The benefits to the consumer are unlikely to be great enough to make the “good” form a selling point. More important, being reminded of the possibility of litigation is a downer for the prospective consumer. (“Don’t worry; if I sue you, the contract will protect you.”) The seller who reminds consumers of possible legal grief down the road is fouling his own nest”.

⁶ Algunos estudios empíricos en el ámbito del crédito al consumo en los EE.UU confirman esta ignorancia racional de los consumidores. Así, las normas que obligan al financiador a informar acerca de determinado contenido del contrato (tipo de interés, posibilidad de amortización anticipada...) provocó una disminución del conocimiento de los consumidores de los otros extremos del contrato respecto de los cuales la ley no imponía obligaciones de información v., R. HYNES/E.POSNER, “The Law and Economics of Consumer Finance”, *Am. L. & Econ. Rev.* 4(2002) pp 168-207, p 194 para las indicaciones; v., también F. MAROTTA-WURGLER, “Competition and the Quality of Standard Form Contracts: An Empirical Analysis of Software License Agreements”, New York, agosto de 2005, disponible en enero de 2006 <http://homepages.nyu.edu/%7Efm275/Competition%20v17.pdf> que concluye que las condiciones generales no son peores cuando proceden de una empresa con una posición dominante en el mercado que cuando proceden de una empresa que se enfrenta a una competencia feroz lo que sería coherente con lo expuesto en el texto respecto a los efectos de la competencia sobre el contenido de las condiciones generales.

⁷ A Posner, v., nota anterior, p 8; v., L. A. BEBCHUK/R. A. POSNER, “One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets”, noviembre 2005, *Harvard L. School Discussion Paper*, disponible en enero de 2006 en <http://ssrn.com/abstract=845108> “As long as the business is a repeat player with the consumer side of the market, **its expectation of doing business with other consumers in the future may dissuade it from enforcing a one sided-contract to the hilt even though the business does not expect to have further dealings with this consumer**”

sus contratos pero aplicándolas exclusivamente a los consumidores oportunistas.

10. El argumento de estos autores depende críticamente de que los consumidores oportunistas puedan salirse con la suya y no sean identificados por los jueces⁸. Y la pregunta es: **¿por qué los jueces no serían capaces de aplicar al consumidor oportunista** correctamente la cláusula conforme con el derecho dispositivo **y sí la cláusula abusiva?**. Más bien, habría que pensar lo contrario ya que los jueces son “especialistas” en descubrir contratantes oportunistas. Bebchuk y Posner ponen el ejemplo de la cláusula contenida en los contratos de edición por la que el editor se reserva el derecho a publicar el texto sin corregir si el autor no ha devuelto las pruebas corregidas en el plazo que le hubiera fijado el editor. Y señalan que los editores insisten en mantener tal cláusula como una forma de protegerse frente a los autores que se retrasan extraordinariamente en enviar las pruebas corregidas pero que no la aplican a pequeños retrasos. Pero insisten en mantener la cláusula en el contrato en los términos descritos para no tener que discutir, en su caso, si el retraso del autor era notable o “mínimo” o insignificante. A nuestro juicio, **la cláusula no es abusiva** (ni ineficiente). Dado el momento en el que se envían las pruebas de un libro, cabe suponer que la inversión por parte del editor está realizada en su mayoría y que el momento de la publicación es, normalmente, muy relevante para el editor. Es lógico, por tanto, que se reserve la facultad de publicar el texto sin corregir si el autor no envía las pruebas corregidas en el plazo que se le hubiera fijado. No estamos ante un problema de una cláusula abusiva, sino ante un problema de ejercicio de un derecho de acuerdo con las exigencias de la buena fe o de forma no abusiva (tanto en lo que se refiere a la fijación del plazo para corregir como en lo que se refiere a la publicación sin corregir en caso de retraso), cuestión que es distinta de la validez de las cláusulas contractuales.
11. Adicionalmente, no vemos **cómo puede quedar intacta la reputación del vendedor** que exige el cumplimiento de la cláusula abusiva aunque sea frente a un consumidor oportunista. Porque habría que suponer – para que la reputación del vendedor quedara intacta – que (i) los consumidores que se enteran de la existencia de la cláusula se convencen de que a ellos no se les aplicará y (ii) que el vendedor es capaz de comunicar al mercado que cuando la ha aplicado ha sido porque el consumidor se estaba comportando oportunistamente.
12. En realidad, y por otros ejemplos que ponen los autores, su opinión puede ser acogida pero no contradice la legitimidad del control del contenido de las condiciones generales ante la asimetría informativa que puede impedir que la competencia acabe con las cláusulas abusivas⁹. Los ejemplos lo

⁸ “Nor is he (el consumidor) deterred by threat of legal action, since, given feasibility limits on drafting contract terms that free from uncertainty, courts cannot always determine when a party is using a contract term opportunistically” BEBCHUK/POSNER, *One-Sided Contracts*, p 5.

⁹ Similarly, not all consumers are well informed about the behavior of sellers. Indeed, the cost of becoming informed may exceed the benefit, resulting in rational ignorance of hidden traps in contracts that competition may not dispel. BEBCHUK/POSNER, *One-Sided Contracts*, p 5

son ***de cláusulas no abusivas y el problema lo es de ejercicio abusivo del derecho que atribuye la cláusula correspondiente***. Lo que sucede es que las cláusulas no prevén todos los supuestos de hecho imaginables: “contract that does not require the seller to accept any returns, but the seller does so anyway. Similarly, hotels usually do not charge a guest for checking out of his room shortly after the check-out time; publishers commonly do not send a manuscript to the printer without waiting for the authors corrections when the author is late, and usually overlook other small breaches as well; airlines sometimes give people double mileage credit if a flight is delayed; restaurants allow substitutions though the menu states “no substitutions”... they are not legal entitlements, the seller is not at the mercy of a buyer who would abuse them but not be amenable to legal sanctions. Suppose, for example, that instead of fixing a rigid check-out time, the contract between a hotel and its guests provided that the guest must leave at the checkout time (or pay for another day) unless he has good cause to delay his departure for a reasonable amount of time. Such a provision could be (ab)used by a guest who decides cavalierly to stay in the room, watching TV, until the evening news. With the rigid check-out rule, the hotel will be able to charge this overstaying customer for another day while waiving such charges routinely for customers who miss the check-out time in good faith and for good reason”¹⁰. Una consecuencia que estos autores extraen es que el empresario que, habitualmente, permite a sus clientes un retraso en la salida de la habitación no debe *estar obligado* a conceder tal ampliación del plazo a cualquiera en virtud de su práctica con otros clientes (v., no obstante, art. 16 LCD), lo que demuestra que estamos ante un supuesto de ejercicio de los derechos – que atribuye la cláusula – de conformidad con la buena fe (*venire contra factum proprium*).

El control de los elementos esenciales del contrato

13. Consecuentemente, es correcto decir que ***la adhesión constituye, en el mejor de los casos, una firma en barbecho***. En general, la firma en barbecho vincula al firmante por haber actuado negligentemente. Pero si nadie lee los condicionados generales antes de firmarlos, y hemos afirmado que dicho comportamiento es un comportamiento diligente, carece de sentido la aplicación de la regla “el que firma se vincula” y, por tanto considerar vinculado al adherente como si se hubiera comportado negligentemente¹¹.
14. Pero esta valoración no es aplicable a los elementos esenciales del contrato (al precio y al objeto del contrato). Cuando uno celebra un contrato en el que se incluyen cláusulas predisuestas está celebrando un verdadero contrato. La razón no se escapa: cabe suponer que, aunque no haya regateo, si un consumidor opta por un producto o servicio en lugar de

¹⁰ Ibidem, p 11.

¹¹ Así, también la doctrina mayoritaria alemana, v., WACKERBARTH, *AcP* 200(2000) p 79 con más indicaciones. Para que pueda afirmarse que la competencia “controla” el contenido de las condiciones generales es suficiente con que un *grupo significativo* de los consumidores realice la selección de las cláusulas eficientes. No es necesario que *todos* los consumidores lean y comparen las condiciones.

otro, habrá tenido en cuenta el precio y las características básicas del objeto para tomar su decisión. En otros términos, **respecto de los elementos esenciales del contrato, el consumidor tenía una opción alternativa razonablemente disponible a la de contratar: optar por el producto o servicio de un competidor.** La conclusión no se deja esperar: los contratos celebrados conforme a cláusulas predispuestas son contratos perfectamente normales en lo que se refiere a los elementos esenciales del contrato y son “raros” (es decir, requieren un régimen peculiar) en lo que se refieren a las cláusulas predispuestas que se ocupan de los elementos no esenciales del contrato y el control del contenido no se aplica a los elementos esenciales, salvo en la garantía de que si se usan cláusulas predispuestas para formular tales elementos esenciales, se impone al predisponente un especial y más severo deber de transparencia que garantice el conocimiento efectivo de dicho contenido contractual por el adherente. El régimen peculiar no se aplica a aquellos contratos cuyos regímenes “normales” no son el Derecho de los contratos del Código civil. Por ejemplo, no se aplica a los contratos de sociedad, a los contratos administrativos y a los contratos de trabajo (art. 4 LCGC).

15. La consecuencia de los razonamientos anteriores es que **hay que someter a control del contenido** las cláusulas respecto de las cuales el consumidor se ha limitado a adherirse lo que conduce a declarar la nulidad de todas aquéllas que sean desequilibradas, es decir, que sustituyan el Derecho supletorio por reglas que sean perjudiciales para el consumidor y beneficiosas para el empresario predisponente. Esta conclusión coloca al Derecho de las condiciones generales como una parte coherente de un Derecho privado de los contratos liberal y que pretende reducir los costes que para los particulares tiene la realización de los intercambios. Así, al igual que sucede con las normas que prohíben el dolo o la inducción a error a la otra parte de un contrato, la prohibición de incluir cláusulas abusivas en contratos de adhesión reduce los costes de contratar en cuanto evita a los que se adhieren a condiciones generales incurrir en gastos superfluos como son los de conocer y comparar las condiciones generales de los distintos empresarios antes de contratar para evitar ser engañados por la aparición de alguna cláusula abusiva.
16. En relación con los elementos esenciales, no puede afirmarse que no hayan sido tenidos en cuenta por el adherente a la hora de contratar y, consiguientemente, que su incorporación al contrato sea imputable en exclusiva al predisponente. Como dice la jurisprudencia alemana, estas cláusulas “son producto de la libertad contractual de las partes”¹².

1. ¹² V., entre muchas, S BGH 22-II-2002, DB 2002, p 1824 en relación con la cláusula que permitía a la entidad privatizadora de las propiedades públicas de la Alemania del Este modificar el precio de un inmueble vendido a un particular. El BGH señala que, aunque en general, quedan sometidas al control del contenido las cláusulas que permiten a una de las partes modificar el precio pactado, tal no era el caso porque en el contrato en cuestión, la cláusula que fijaba el precio no establecía éste sino que se limitaba a dar una valoración provisional al bien objeto del contrato – así se denominaba la cláusula, de manera que la fijación del precio quedaba postergada a un

17. Como ha dicho el profesor Miquel, “**El objeto de control de equilibrio contractual son los derechos y obligaciones de las partes, no las prestaciones**”, es decir, del equilibrio jurídico del contrato, no de su equilibrio económico. Así queda recogido en los artículos 80.1 c) y 82.1 LCU que se refieren expresamente a “**justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes**” mientras que en la redacción previgente se hablaba de “justo equilibrio de la contraprestaciones”), si bien el viejo 10.1.c.3, también decía “desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes”.
18. Es cierto que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos europeos, la LCU no ha incorporado expresamente 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”. Esta omisión se produjo por un error en la votación parlamentaria. Siguiendo a Miquel, parece que deducir de esta omisión una voluntad del legislador español de apartarse de la Directiva “elevando” la protección de los consumidores sobre los mínimos sentados por ésta sería absurdo. Aunque la Directiva sea de mínimos, establecer que los Jueces pueden controlar la equivalencia entre precio y prestación no supone “elevar” la protección del consumidor, sino **establecer un sistema de control de las cláusulas predispuestas frontalmente contrario al del Derecho comunitario**, en la medida en que éste ha querido que las cláusulas predispuestas que se refieran a los elementos esenciales sean controladas mediante un **control de su transparencia**. Otro argumento es que la finalidad de uniformidad del mercado que la Directiva persigue se vería frustrada si en un punto tan importante nuestra Ley estableciera un control. Y, por fin, también hay que decir que el Juez no dispone de un parámetro jurídico para enjuiciar el carácter abusivo de un precio. Como dice la doctrina alemana, los elementos esenciales ni pueden, ni deben ni necesitan ser controlados (*man kann nicht* – no hay parámetros jurídicos de enjuiciamiento -, *man darf nicht* – es una cuestión remitida al mercado – , *man braucht nicht* – la competencia protege a los consumidores) Esta omisión se ha producido como consecuencia de una enmienda parlamentaria que, sin embargo había sido rechazada por el portavoz del grupo mayoritario, por lo que

momento posterior por medio de un sistema previsto ya en el contrato y fundado en circunstancias objetivas. Las partes no podían fijar el precio en el momento de la celebración del contrato porque no había mercado para tales bienes (terrenos en la antigua República Democrática Alemana). V., en la jurisprudencia española, SAP La Coruña 4-VII-1998, y la SAP Asturias 24-I-2008 Ar Civil 2008\514: “ni es posible un control jurídico de los precios, al ser ésta una cuestión metajurídica determinada por la oferta y la demanda, como porque tampoco parece necesario, pues la competencia es garante del precio... la razón de la exclusión de su control es clara, en cuanto que, siendo conocidas por el consumidor, son tenidas en cuenta por éste al contratar, pero si no lo es, esa falta de transparencia puede ser instrumental de una alteración subrepticia de la posición de paridad de las prestaciones pactadas por las partes alterándola y ello podría dar entrada al control de contenido dispuesto en el art. 10.bis de la L.G.D.C.U”

no cabe otra explicación de la omisión que la de que ésta se produjo por un error en la votación¹³.

19. Consecuentemente, respecto de las cláusulas predispuestas que recogen los elementos esenciales, no debe procederse a controlar su contenido pero, eso sí, tal como afirma el art. 4.2 de la Directiva, **hay que garantizar su carácter transparente para el adherente**. La coherencia de esta exigencia con cuanto se ha expuesto hasta aquí es fácil de explicar: si podemos suponer que los adherentes han tenido en cuenta los elementos esenciales al contratar y que se han decidido por un determinado proveedor y no por otro en función del precio y la prestación ofrecida, **los adherentes estarían tomando decisiones irracionales si la composición de lugar que se han hecho respecto del precio y la prestación no coincide con la que resulta de aplicar la cláusula predispuesta**. Es decir, ha de asegurarse que los adherentes **conocen los términos esenciales del contrato** que están celebrando por lo que una cláusula que regule los elementos esenciales de forma no transparente podrá ser considerada abusiva y anulada o reducida judicialmente¹⁴.

20. Así pues, someter a control de “transparencia” las cláusulas predispuestas que recogen los elementos esenciales del contrato no es contrario a la libertad contractual. Al contrario, es coherente con el modelo que venimos exponiendo aquí. La **inclusión de los elementos esenciales del contrato en cláusulas prerredactadas reduce la “visibilidad” de su contenido** para el adherente o, en términos más económicos, **eleva los costes de información** del adherentes que puede considerar, razonablemente, que todo el contenido predispuesto viene constituido por cláusulas accesorias a lo pactado verbalmente o de acuerdo con la publicidad y demás circunstancias que hayan rodeado la celebración del contrato. Por tanto, las cláusulas predispuestas que regulen los elementos esenciales del contrato han de ser, sobre todo, conformes con lo “pactado” y, si integran dicho “pacto”, no contradecirlo. La finalidad de la imposición de un deber de transparencia especial para estas cláusulas es asegurar que el consumidor contrata lo que “cree” que está contratando sancionando al predisponente en caso de que induzca a error al consumidor utilizando cláusulas predispuestas. Por consiguiente, cuando una cláusula prerredactada que regula los elementos esenciales del contrato no esté redactada de forma clara y transparente, esto es, no permita al consumidor conocer su contenido y alcance, habrá que someterla al control del contenido para determinar si altera de cualquier forma las expectativas del consumidor respecto de los elementos

¹³ V., GONZÁLEZ PACANOWSKA, en R. BERCOVITZ, Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación, Madrid 1999 p 250 y MIQUEL, *Op cit*.

¹⁴ V., sobre el problema de la transparencia como instrumento del control del contenido, F. PERTÍÑEZ, “El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predispuestas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, AC, 2002, nº 45, p 1351 ss; F. PERTÍÑEZ, El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predispuestas: las cláusulas formalmente abusivas, Bolonia 2002-2003.

esenciales del contrato declarándola nula en la medida en que provoque dicha frustración¹⁵.

21. Nuestra opinión es que, no obstante la corrección de la categoría – deber de transparencia – su necesidad era discutible puesto que **la utilización de las reglas generales de Derecho contractual** – aplicables tanto a las condiciones generales como a las cláusulas que recogen los elementos esenciales del contrato – **es generalmente suficiente**. Un ejemplo conocido a través de la televisión italiana es expresivo de esta conclusión. Se trataba de una compra por catálogo en el que se ofertaba ropa de cama y de casa por el precio de “800 euros en seis plazos mensuales”. El vendedor pretendió que el precio era de 4800 euros (800 x 6). Podemos decir que la cláusula era una condición general (predispuesta, no negociada individualmente) y que regulaba un elemento esencial del contrato (el precio) y que su formulación no permitía al cliente conocer sin dificultad su significado (el precio estaba formulado de forma “no transparente”). Por lo tanto, podríamos considerarla abusiva. Pero ¿no es más simple y coherente en lo que a las consecuencias se refiere afirmar que la cláusula es ambigua y que, por aplicación del art. 1288 CC ha de ser interpretada en contra del que la redactó considerando que el precio pactado era de 800 euros o que se indujo a error al consumidor que, por tanto, tendría derecho a anular el contrato en lugar de considerar nulo el contrato por falta de cláusula del precio?

Crterios para determinar si una cláusula regula los elementos esenciales

22. Para determinar cuándo nos encontramos ante una cláusula que regula los elementos esenciales, ha de examinarse no sólo si se refiere a la prestación o al precio sino también si se trata de cláusulas que **típicamente** los consumidores tienen en cuenta a la hora de optar por la prestación de un empresario o de otro (si **hay shopping o selección por parte de los consumidores**) y en este sentido, tiene gran importancia determinar si *todos* o la inmensa mayoría de los empresarios utilizan una cláusula idéntica de forma que no cabe esperar que los consumidores elijan a uno u otro empresario en función de la competencia que se desarrolle en torno a la cláusula. Si no cabe esperar que (por lo menos algunos de) los consumidores hayan tomado su decisión de contratar en función de dicha cláusula, habrá que considerar que no forma parte de los elementos esenciales y, por tanto, someterla a control del contenido. Así, por ejemplo, hay que someter a control del contenido las cláusulas que permiten al empresario entregar menor cantidad de la pactada sobre la base de “márgenes” significativos...
23. Debe recordarse que en la Directiva se aclara que el control **no se extiende ni a la definición del objeto principal, ni a la adecuación entre el precio y su contraprestación**. Algunos legisladores han utilizado

¹⁵ PERTÍÑEZ, *Deber de transparencia*, p 196 ss., quien correctamente señala que el control del contenido, en tal caso, no implica controlar el precio y la prestación, sino comparar el contenido de la cláusula con las expectativas legítimas del consumidor en relación con los elementos esenciales del contrato.

una forma indirecta de definir lo que constituye el objeto y la contraprestación. Así, por ejemplo, en el Derecho alemán, (306 BGB), se establece que el control de contenido sólo se aplica a las condiciones generales que contengan **reglamentaciones que se desvíen de o que completen los preceptos jurídicos aplicables**, esto es el Derecho dispositivo aplicable. La idea es que ni el precio ni la contraprestación están sometidos al control específico de la Ley porque ordinariamente no hay reglas jurídicas que los determinen porque – como dice el art. 17.1 LCD, “*la fijación de los precios es libre*”.

24. Otra forma de decir lo mismo consiste en preguntarse **si, de eliminarse la cláusula, encontraríamos una regulación sustitutiva en el derecho supletorio** (si existe una decisión legal sobre la cuestión). La existencia de una norma supletoria será, normalmente, indicativa de que la cláusula en cuestión ha de someterse a control del contenido (que no regula los elementos esenciales).
25. También puede ser relevante que **el contrato pueda subsistir aún eliminando la cláusula** porque sigan presentes, ya sin la cláusula, los elementos que exige el ordenamiento para afirmar la existencia de un contrato.

Los casos de control de la transparencia

26. Se han considerado abusivas – por falta de transparencia – las cláusulas contenidas en condicionados generales del contrato de cuenta corriente bancaria las siguientes «(La entidad) podrá aplicar comisiones por administración y mantenimiento de la cuenta, cuya cuantía figurará en cada momento en el libro de tarifas y comisiones, y cualquier otra permitida por la Ley vigente y también publicada en dicho libro, de conformidad con lo dispuesto por el Banco de España” y la que reza “Las Tarifas generales de Comisiones y Gastos repercutibles del Banco se hallan a disposición del Titular en todas las Oficinas del Banco” (SAP Madrid 11-V-2005, Ar. Civil 832/2005). El problema es si el banco puede establecer de una forma más transparente y precisa las comisiones que exigirá al cliente en un contrato de duración como es el de cuenta corriente. Parece que es perfectamente posible y, por tanto, la remisión a las que sea lícito cobrar o a las que figuran en el “listín” del banco resulta claramente insuficiente y *engañoso* porque con la consulta de dicho listado, el cliente no puede saber las que se le aplicarán a él.

Los casos dudosos: uno fácil. Las cláusulas de redondeo

27. No se han considerado como cláusulas que regulen los elementos esenciales del contrato las que establecen la modificación del tipo de interés variable en un contrato de préstamo y prevé el “redondeo” exclusivamente al alza y en perjuicio del prestatario (SJ1ª I, nº 50 Madrid 11-IX-2001, LA LEY nº 6968, confirmada por la SAP Madrid 10-X-2002, Aranzadi AC 1417/2002). Esta cláusula ha sido calificada como una

cláusula de condiciones generales que **modifica lo pactado en la cláusula de interés que sí constituye un elemento esencial**¹⁶).

28. Los tribunales no han tenido duda al respecto. Por ejemplo, en la SJPI Baleares de 27-XI-2002, se rechazan los argumentos del banco demandado que eran los siguientes: (i) se trata de una cuestión regulada por una Disposición administrativa (OM 5-V-1994); (ii) no es una cláusula impuesta y (iii) es un elemento esencial del contrato. En cuanto a lo primero, el Juez señala que la OM 5-V-1994 establecía que *“si se pactara el redondeo al tipo de interés, se indicarán las fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuará”* y que *“lo que realmente establece este anexo es la forma en que dicha cláusula debe figurar en el contrato, y aunque se entienda que admite el redondeo al alza, lo hace, como lo señala, al más cercano, no al alza”*. Niega que las resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España (que parece que habían legitimado estas cláusulas) puedan *“suplantar o suprimir la función que tienen los tribunales de justicia”* a los que corresponde en exclusiva decidir sobre la validez o nulidad de los contratos.
29. También **rechaza que se trate de una cláusula negociada**. Los bancos demandados alegan la existencia de competencia en el mercado en relación con los intereses en los créditos pero el Juez, razonablemente, no lo considera suficiente para descartar que la cláusula de redondeo sea una cláusula predispuesta y no negociada: *“las posibilidades de negociación son prácticamente inexistentes... en la inmensa mayoría de los préstamos está recogida la cláusula de redondeo al alza, cláusula... que está prerredactada por la propia entidad bancaria...”*
30. Y rechaza que estemos ante un elemento esencial del contrato. Comienza argumentando con la enmienda parlamentaria que impidió recoger en la Ley española lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva para añadir que, según las sentencias disponibles, **la cláusula de redondeo no forma parte de los elementos esenciales**. Estos vienen constituidos por la prestación y el precio, esto es el interés, de modo que, *“una vez fijado el precio en términos ciertos y determinados, incluyendo la cantidad a devolver y los intereses, la posterior operación cuantificadota de la cuota a abonar, incrementada al alza a favor del Banco en atención al redondeo, no se puede considerar elemento esencial del contrato, sino una conducta reprobable, en términos contractuales... que... afecta precisamente al anterior requisito esencial previamente pactado por las partes”*, el interés pactado, que fue lo que tuvo el *“carácter decisivo a la hora de decantarse el interesado por una determinada entidad bancaria”*. Es decir, que la cláusula de redondeo lo que hace es **modificar los elementos esenciales del contrato**, al modificar el interés pactado por efecto del redondeo.

¹⁶ Sentencia Juzgado de Primera Instancia Baleares, Palma de Mallorca, núm. 294/2002 (Núm. 14), de 27 noviembre; Sentencia J1ª Instancia nº 34 Barcelona de 23-III-2003 en una línea semejante; Sentencia Juzgado de Primera Instancia Madrid, Madrid, núm. 269/2002 (Núm. 2), de 25 octubre también semejante).

31. Determinado que se trata de una condición general – de una cláusula predispuesta no negociada individualmente – y que no forma parte de los elementos esenciales del contrato, su carácter abusivo es sencillo de establecer: modifica la prestación a cargo del adherente en beneficio exclusivo del predisponente (al preverse solo el redondeo al alza)
32. Puede señalarse, por último, que incluso aunque previera el redondeo al alza o a la baja, la cláusula no debería considerarse válida¹⁷. Y la razón e encuentra precisamente en que **el redondeo carece de justificación y reduce la transparencia del precio y, por tanto, dificulta la comparación entre ofertas en el mercado**. En efecto, cuando no existían medios informáticos de cálculo de los tipos de interés, redondear era necesario para reducir los costes de dicho cálculo. Hoy, no tiene ningún sentido ya que los cálculos se hacen automáticamente. Por tanto, si no es necesario en absoluto el redondeo, debe prohibirse su previsión por medio de una condición general ya que los consumidores no podrán determinar con exactitud si una oferta que incluye una cláusula de redondeo es mejor o peor que otra oferta sin cláusula de redondeo pero con el mismo tipo de interés ya que la cláusula de redondeo introduce, un incremento del precio cuando – como en los casos que examinamos – se preveía sólo al alza y **un elemento de aleatoriedad cuando se prevé al alza o a la baja**.
33. La Disp. Adic. 12ª de la Ley Financiera 44/2002 legalizó el redondeo siempre que se efectúe *“al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar un octavo de punto”*, esto es, al alza o a la baja. No hay que decir que, una vez que el redondeo es al alza o a la baja, la cláusula ha desaparecido de la práctica contractual. Lo que demuestra que carecía de sentido como se explicará inmediatamente. En la Ley de Consumidores – texto refundido de 2007 – se prevé, en el artículo 87 que se consideran abusivas *“por falta de reciprocidad”, “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 consumidores de manera efectiva”*. Como veremos, esta última frase parece dirigida, precisamente, contra el cobro por *“hora o fracción”* en el caso de los aparcamientos.

Los casos difíciles, “cobro por hora o fracción en los aparcamientos”

34. Por último, el redondeo – cobro por establecimiento de llamada, más cobro **por minutos completos** – ha sido considerado como una forma de fijar el precio de forma no transparente y, por tanto, nula (SJM nº 4, Madrid 21-XI-2005: *“la tarificación por unidad de tiempo es el lugar común en las tarifas de todas las operadoras. Por lo que es razonable que se exija coherencia con ello, lo que supone cobrar la llamada efectuada por el teléfono móvil por el tiempo efectivamente consumido en ella. La facturación por*

¹⁷ Recuérdese que la Ley 44/2002 la ha “legalizado” si es al alza y a la baja y al 1/8 de punto

segundos, unidad mínima manejada para ello, es garantía de transparencia, pues permite al cliente conocer el coste exacto de su conversación telefónica; si además hay otros servicios incluidos y la operadora quiere cobrarlos podrá hacerlo, pero informando al consumidor de cuánto le cuestan, para que éste pueda decidir si le interesan. Y si la operadora, en el uso legítimo de su política de precios y de su creatividad comercial, quiere realizar ofertas es libre de hacerlo, siempre que permita al consumidor conocer cuáles son las ventajas de ese sistema y cuáles son los servicios que realmente está pagando”. La cuestión no es obvia, pero sí que parece razonable que si el consumidor paga por el establecimiento de llamada, espere que, además, solo se le facture por la unidad mínima de medida. Veamos el caso de la cláusula “por hora o fracción” de los aparcamientos.

35. En la Ley 40/2002 que regula el contrato de aparcamiento y lo define en su artículo 1º como la cesión de un espacio a cambio de un precio determinado en función del tiempo de estacionamiento pero no parece que de ahí se pueda deducir que impone que la unidad de tiempo relevante sea el minuto, la hora o el segundo. Los competidores pueden, libremente, poner a disposición de sus clientes el espacio para aparcar por horas, días semanas, meses o años. Por ello, no puede compartirse la afirmación contenida en la SJPI nº 46 de Madrid de 20-III-2004 que afirmó que *“la relación precio-tiempo de estacionamiento, por tanto, es el elemento negocial que va a determinar la prestación del servicio y, en ese sentido, forma parte del contenido esencial del contrato. Pero esa relación viene determinada por expresa disposición de la Ley 40/2002, por el tiempo de estacionamiento, no por el tiempo de estacionamiento más un plus que la empresa titular tenga a bien establecer. Es decir, el tiempo de estacionamiento que constituye la referencia legal para el cálculo del precio no es otro que el real, y la operación de sumar al tiempo real la fracción, el resto hasta completar la hora o media hora, en su caso, no es un elemento esencial del contrato, sino una conducta añadida que produce un incremento en la ecuación legal precio-tiempo y que carece de justificación como elemento esencial del negocio... (de modo que)... la obligación de pago que supone para el consumidor no encuentra contraprestación alguna en la entidad prestadora del servicio, suponiendo un perjuicio patrimonial real al consumidor, que se ve obligado a pagar más de lo procedente... y conlleva una clara situación de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes, ya que implica la obtención por aquella de un sobreprecio... injustificado”*. Esta argumentación parece, sin embargo, aceptada por el legislador en el art. 87 LCU cuando califica como abusiva la cláusula que *“prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidores de manera efectiva”*.
36. En el mismo sentido, la SAP Madrid 8-IX-2005 Ar. Civil 1554/2005 ha confirmado el carácter abusivo de la cláusula de cobro por “hora o fracción” argumentando que es una condición general; que no es un elemento esencial del contrato; que no es necesaria para la gestión eficiente de estos contratos y distinguiendo entre el contrato de

aparcamiento por días semanas o meses (**donde la prestación es “disponibilidad”**) y el **aparcamiento por horas donde lo que se contrata es la ocupación del espacio** durante un tiempo concreto por lo que el cobro por unidades de tiempo largas tiene más sentido en el primer caso que en el segundo (el titular del aparcamiento puede “volver a alquilar” la plaza en cuanto el usuario la abandona en el segundo caso mientras que en el primero ha de mantener “disponible” la plaza. La cláusula es abusiva aunque esté generalizada. Y concluye que las plazas de garaje, en el segundo caso “debe retribuirse por su ocupación efectiva”.

37. Tiene interés, porque recoge todos los argumentos discutidos hasta aquí la SJM Alicante de 3 enero 2005 AC 2005\36 que afirma que en el caso de la cláusula de pago por hora o fracción, *“no concurre la razón que justifica la exención del control de contenido en los elementos esenciales. Esta exención se basa en que respecto del objeto y precio del contrato el consumidor dispone de libertad, de una alternativa razonable, ya no tanto de negociar en el sentido de «regatear» si cuanto menos de seleccionar otra opción alternativa y transparente. No parece que tal facultad de selección se efectúe en el caso de la cláusula litigiosa que nos ocupa, entre otras razones por la utilización por la inmensa mayoría de los aparcamientos de este sistema de cálculo, unido al hecho de que, de facto, se produce una patología concurrencial en la medida que no hay dos aparcamientos en el mismo sitio, calificado por algunos como verdadero «monopolio local» y por ende, los consumidores no tienen poder de selección, unido a la urgencia y necesidad que en muchos casos existe de servirse de estos aparcamientos públicos por la especial dificultad de estacionar en las vías públicas, por lo que, en definitiva, **no puede afirmarse que sea fruto de la libertad contractual de las partes este sistema de fijación de precios por hora o fracción**”*. Y trata de salvar la objeción de que no hay regla legal que pueda sustituir a la cláusula “o fracción” declarada nula diciendo que *“puede ser estipulado perfectamente sin su aplicación, con arreglo a otros módulos menos abusivos y mas respetuosos de los intereses legítimos de los consumidores”*. Añade que el titular del aparcamiento puede volver a alquilar la plaza y que la cláusula no es simétrica: *“la facturación por fracción horaria se efectúa siempre en favor de la empresa, ya que cualquiera que sea la superación de la fracción, por mínima que sea, produce el resultado de incrementar el precio y el deber del consumidor de abonar la fracción siguiente, sin que, en cambio, se prevea a la inversa, por lo que el exceso por ejemplo de un minuto, no corre a cargo de la empresa”*. Y agrega que *“no hay justificación objetiva al ser posible, con los adelantos informáticos, un cálculo temporal distinto al de por hora o fracción, que se establezca en unidades temporales mucho menos extensas que permitan una estimación mucho más ajustada a la de la efectiva ocupación, evitándose así los perjuicios desproporcionados y el desequilibrio en los deberes y facultades que el sistema empleado por 13 demandada ha conllevado al actor, sin que ello implique infracción de la libertad de precios consagrada en el art. 3 de la Ley 40/2002 (RCL 2002, 2649) , ya que corresponderá a las partes la fijación del precio de cada una de esas unidades temporales, e inclusive no necesariamente iguales*

sino, en su caso, establecido su importe en función de la mayor o menor duración de la ocupación (v. gr., como acontece en ocasiones cuando a partir de unas determinadas horas se estipula un precio por hora distinto)".

38. Otros argumentos van en el sentido de que **no hay razón alguna para que el cómputo del tiempo no se haga en la menor unidad de tiempo posible** dado que cuando un usuario abandona el aparcamiento, la plaza queda inmediatamente libre para ser ocupada con otro (lo que distinguiría este caso del de los hoteles, que cobran el día completo a sus clientes aunque abandonen la habitación mucho antes de las 12 horas) o en el de afirmar que el titular del parking **cobra dos veces por el mismo espacio en el tiempo que paga el que paga la "fracción"** como una hora completa y el que ocupa la plaza en su sustitución durante ese tiempo.

La forma de cálculo del precio corresponde a la competencia

39. A nuestro juicio, las mejores razones apoyan la calificación de la cláusula de "hora o fracción" como **parte de los elementos esenciales del contrato**. La razón fundamental es que **la forma de cálculo del precio, en los contratos en los que el tiempo de prestación es relevante, es determinante del precio y corresponde al juego de la lucha competitiva satisfacer las demandas de los consumidores en dicha determinación**. Así, los "períodos relevantes" son variadísimos y dependen del uso más habitual del bien objeto de cesión o de la maximización de la utilidad del servicio (p. ej, en general, las habitaciones de hotel se utilizan para dormir, por lo que su alquiler por un período inferior a 12 horas es útil solo para un sector muy limitado de los posibles clientes. Pero también de las limitaciones tecnológicas que hacen preferible establecer una determinada periodificación porque es más fácil de medir o de otras razones transaccionales (que no haya que pagar en céntimos). Y hay servicios que se prestan o bienes cuyo uso se cede por segundos (comunicaciones telefónicas), por minutos (conexión a Internet) por cuartos de hora (abogados) o 20 minutos (conexión a Internet) por medias horas (uso de cintas para correr en horas de mucha afluencia al gimnasio, masajes) por cuarenta y cinco minutos (clases de autoescuela) de una hora (alquiler de bicicletas, de objetos de deporte; servicios de talleres de automóviles); por días (trajes¹⁸, coches, habitaciones de hotel, almacenaje); por semanas (apartamentos); por quincenas (apartamentos); por meses (inmuebles en general, cajas de seguridad); por años (seguros)... Y es absolutamente frecuente que, para que los clientes contribuyan a cubrir los costes fijos de prestación del servicio (aquellos en los que ha incurrido el empresario con independencia del número de clientes que atiende), haya una componente fija en el precio del producto o servicio que ha de abonarse con independencia del tiempo necesario para la prestación del servicio o el tiempo de cesión del bien que determina el pago de una cantidad de dinero añadida (p. ej, prestación de servicios a domicilio).

¹⁸ Obsérvese que los trajes se alquilan "por uso", y que este uso puede tener una duración de dos días, tres o una semana sin que el que promete devolverlo al día siguiente obtenga una reducción en el precio.

40. En todos estos casos podrían darse argumentos semejantes a los que se han expuesto en relación con los aparcamientos. No hay razón alguna para que los abogados, cuando cobran por tiempo dedicado a un asunto, no lo hagan por minutos. Ni lo hay para que los talleres no cobren por unidades inferiores a la hora o a la media hora. Ni lo hay para que los hoteles no permitan que si el cliente tiene previsto llegar a las 6 de la tarde, pueda salir del hotel al día siguiente a las 6 de la tarde o para que los que llegan a las 6 de la tarde puedan exigir un precio más bajo si se van a las 6 de la mañana en lugar de hacerlo a las 12. O para que los apartamentos no se alquilen por días en lugar de por semanas.

41. El caso de los aparcamientos es más complejo. Hay que comenzar señalando que el hecho de que una cláusula sea **utilizada por todos los empresarios del sector** como sucedía con *el cobro por “hora o fracción de hora” en los aparcamientos públicos*¹⁹ puede deberse a dos razones: que responda a alguna finalidad práctica eficiente que aumenta la ganancia conjunta del contrato porque, por ejemplo, ahorre costes de transacción (como dice un autor, si todos los fabricantes tienden a usar los mismos componentes industriales es lógico que utilicen las mismas cláusulas contractuales), o que sea producto de un cártel o acuerdo implícito (conductas conscientemente paralelas art. 1 LDC). En este segundo caso, habría que considerarla nula por aplicación del art. 1 LDC que es una norma imperativa y, por tanto, que supone la aplicación del art. 8 LCGC. En el caso de los aparcamientos, no parece que estemos ante un cártel y es fácil barruntar que la cláusula cumplía una función “maximizadora” durante un tiempo pero que **los cambios tecnológicos la hagan obsoleta y que, no obstante, se siga utilizando porque los empresarios se benefician de ella** (ninguno tiene incentivos para cambiarla). Así, - y al igual que sucede con la cláusula de redondeo, el cobro por horas o fracción en los aparcamientos tenía sentido maximizador cuando no había programas informáticos que permitían calcular rápida y exactamente el tiempo de aparcamiento y tarjetas legibles por máquinas. En el ámbito bancario, el redondeo, igualmente, servía para simplificar el cálculo del tipo de interés evitando decimales. Pero hoy en día, ninguna de las dos cláusulas tiene este sentido maximizador, sencillamente porque los costes de transacción que “ahorraba” se han minimizado, si no desaparecido completamente, ya que ni las empresas de aparcamiento tienen problema alguno para calcular exactamente cuánto tiempo ha estado el vehículo en el parking ni los bancos sufren costes apreciables por establecer como tipo de interés el 3,87 en lugar del 4 o el 3,75.

42. Pero, en realidad, **los aparcamientos tienen las mismas razones que otros empresarios para fijar periodos de tiempo de tarificación superiores al tiempo que el cliente ha consumido**. Prácticamente el

¹⁹ V., con una argumentación que no se puede compartir porque prescinde de la distinción entre cláusula predispuesta y cláusula individual a los efectos del control del contenido, A. CARRASCO/A.I. MENDOZA, “El carácter abusivo de la fórmula <<hora fracción>> en los contratos de aparcamiento”, LA LEY 16-VII-2002, p 1 ss).

100 % de los costes de un aparcamiento son fijos. De manera que es absurdo que sus precios vengan determinados por “la cantidad de uso” que hace un cliente del espacio de aparcamiento. Salvo en aparcamientos que tienen una demanda muy superior a la oferta, cobrar por minutos es tan arbitrario como hacerlo por segundos, por horas o por estancia (podría cobrar lo mismo a cualquiera que aparcara su coche con independencia del tiempo que estuviera en el mismo con un máximo y hay servicios que se prestan así, como ocurre con los “bufés libres” o con los tickets para los autobuses turísticos que dan derecho a subir y bajar cuantas veces se quiera durante un día, de modo que no cobran por trayecto). Porque el titular del establecimiento incurrirá en prácticamente todos sus costes con independencia de que un cliente más entre a estacionar su vehículo en el aparcamiento. Y, una forma racional de tarificar consiste en cobrar un mínimo a cualquiera que estacione el vehículo (una hora) y una cantidad variable en función del tiempo de uso. Pero sería absurdo pensar que los titulares de los aparcamientos vayan a adoptar voluntariamente un sistema de determinación del precio que no maximice sus ingresos, es decir, que no atraiga al máximo número de vehículos. Si la Ley o los consumidores prefieren que se les cobre por minutos, lo harán. Porque no hay una forma de cálculo del precio que quepa calificar de racional en el sentido de la más ajustada a los costes en los que incurre el prestador del servicio o proveedor del bien. Los oferentes tratarán de maximizar sus ingresos y la competencia hará el resto.

43. Y sucede que **las preferencias de los consumidores pueden ser heterogéneas**. Como hemos dicho, **si el titular del aparcamiento puede fijar libremente sus precios**, calculará el precio de manera que sus ingresos se maximicen, esto es, que atraiga al máximo número de vehículos. Si la mayor parte de los consumidores prefieren que se les cobre por minutos, los titulares de los estacionamientos lo harán. Pero no a costa de ver reducidos sus ingresos (este es el único poder que tiene el monopolista) en relación con la situación en la que cobraba por hora o fracción. En consecuencia, obligar a un cambio en el sistema de cálculo del precio sin limitar la libertad del titular del establecimiento para fijarlos significa un **aumento de precios para algunos clientes y una disminución de precios para otros**. Aquellos clientes que estacionan durante un tiempo próximo a una hora o próximo a dos horas (o a tres etc) pagarán más con el nuevo sistema de cálculo (porque el precio en minutos será más elevado que el que resultaba para los clientes que consumían prácticamente la totalidad de la hora) y aquellos que estacionan durante muy poco tiempo (mucho menos de una hora o más de una hora pero mucho menos de dos horas etc), pagarán menos.

44. En consecuencia, si fuera técnica y legalmente posible, el titular del aparcamiento discriminaría y cobraría un precio por minuto – sin mínimo – a quien pretende utilizar la plaza solo por unos minutos y un precio por hora a los demás. Así ocurre ya en los llamados establecimientos “Express” en algunos aeropuertos donde existen plazas de aparcamiento situadas en la puerta de la Terminal que se alquilan por minutos, naturalmente, a un precio por minuto mucho más elevado. Y, al contrario,

plazas mucho más baratas pero en las que el precio se calcula por días o por semanas (“estancias largas”). También hay discriminación de precios en el caso de algunos centros comerciales donde el aparcamiento es gratuito durante las dos primeras horas pero oneroso si se permanece más de dos horas. Pero en los estacionamientos de los centros de las ciudades, esta discriminación no es posible o es muy costosa de poner en marcha. Recuérdese que, aunque estos aparcamientos sean “monopolios locales”, el monopolista tratará de maximizar sus ingresos y si, discriminando, lo logra, lo hará.

45. Así las cosas, se comprende fácilmente que **la fórmula de cálculo del precio de una prestación ha de ser transparente pero no puede ser controlada por el Derecho**. La razón se encuentra en que ni siquiera el más **elevado nivel de transparencia alteraría el valor de las prestaciones**. Los consumidores son plenamente conscientes, cuando deciden dejar su coche en un parking cuál va a ser el modo de cómputo del precio de la prestación que adquieren. Y, si hubiera dos posibilidades de aparcamiento en el mismo lugar, elegirían uno u otro, también en función de dicho cómputo. La regulación jurídica de la tarificación **reduce la oferta de bienes o servicios en el mercado**. Aunque ningún juez anularía la cláusula de cobro por días o semanas en el parking de “estancias largas” de un aeropuerto, la misma lógica – el consumidor lo ha seleccionado – se aplica en ambos casos. También los titulares de aparcamientos de “rotación” ofrecen tarifas distintas para los que prevén estar más de un día (precio por día inferior al precio por horas) o una semana o un mes. Los consumidores que deseen aparcar períodos muy cortos de tiempo deberían recibir una oferta específica y no extender la que se dirija a ellos a todos los clientes.

Cargo adicional por emisión de billete aéreo

46. En relación con la **cláusula por la que se impone un cargo adicional por emisión de billete aéreo**, la **SJM 7 de Madrid, de 14-XI-2006** la ha considerado como elemento del precio y, por tanto, exenta del control del contenido mientras que la **SJM Málaga 1-IX-2006 (JUR 2006\235481** ha declarado la nulidad del cargo por emisión por abusivo. El primero afirma, además, que no es abusivo el cargo adicional por emisión del billete porque, a su través, se logra desglosar el precio de manera que resulta más fácil para el consumidor comparar el importe con el de otros operadores. Y que las compañías aéreas compiten, en la emisión de los billetes con las agencias de viaje, por lo que los clientes pueden comparar y decidir dónde adquieren el mismo.
47. Los autores que se han ocupado de la cuestión favorecen la solución del JM de Málaga. Afirman que el cargo por emisión es recogido por el clausulado del contrato de forma genérica, de modo que el consumidor desconoce la cuantía y a qué obedece este cargo. Asimismo, el cargo no corresponde a verdaderos gastos incurridos por el transportista en la

actividad desplegada para la emisión del billete y, en cuanto a que sea no parte de los elementos esenciales del contrato, se rechaza afirmando que *“lo único que queda exceptuado de control judicial es la relación entre precio y prestación, esto es, si la magnitud del primero se acomoda a la calidad o especie del bien o servicio objeto del contrato, o viceversa”*. Y se añade que *“La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid no es coherente con su postulado de interpretación conforme a la Directiva 93/13, pues hace caso omiso del considerando 19 de dicha Directiva, que reza así: “(...) 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 (...)**”*.²⁰

48. Para rechazar que el cargo por emisión del billete pueda formar parte de los elementos esenciales, se ha alegado la **obligación de expedición del billete a cargo del transportista** que establece el art. 92 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea (BOE núm. 176, 23.7.1960). Y, que **las agencias de viaje no emiten billetes**, de forma que *“el hecho que las compañías aéreas y las agencias de viaje no compitan en la emisión de billetes invalida el argumento empleado por la sentencia”* (del JM de Madrid). Y se rechaza que contribuya a la **transparencia** *“no constituye una medida de transparencia una partida desglosada que no consta en la invitación de compra, sino que figura a posteriori, una vez tomada la decisión de compra, añadiéndose al precio ofertado”*. Lo transparente – se dice - es que todos los gastos y costes aplicables a un producto figuren en el precio que el consumidor tiene derecho a considerar “definitivo” y completo. Y se hace referencia al art. 60.2 b LCU que establece que *“en toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares”*.
49. Parece claro que sólo procederá discutir sobre si procede o no el control si **la cláusula que impone un cargo por emisión del billete es transparente**. La razón no se escapa. Si la cláusula no es transparente, aunque sea un elemento esencial del contrato, habrá que considerarla nula. En este punto es esencial determinar si, en cada caso concreto, **el cargo por emisión del billete se incluye en la información que se facilita al cliente antes de que dé su consentimiento** y finalice el proceso de celebración del contrato o, en otros términos, si, antes de dar su consentimiento el pasajero conoce el importe total del precio.
50. Tampoco parece relevante la obligación de entregar un título de legitimación que impone la Ley de Navegación Aérea. Por la sencilla razón de que, si el cargo se impone a los que usan el sistema electrónico de compra del billete, ninguna norma legal impone a la

²⁰ I. MARÍN GARCÍA “Cargo adicional por emisión de billete Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 14.11.2006 www.indret.com nº 392, Barcelona, enero de 2007

compañía aérea la utilización de ese sistema. Ni, por supuesto, al consumidor, que puede adquirir el billete por cualquiera de las restantes vías.

51. En cuanto a la justificación de separar el cargo de emisión del precio del billete, hay algunas razones. Una primera es, permitir “competir” a las agencias de viaje con el sistema electrónico. Otra puede ser la de separar la parte de lo pagado que **no se reintegrará aunque sea posible la resolución del contrato** a voluntad del cliente y se devuelva el precio del transporte. Pero, con carácter general, se aplican los razonamientos que se han expuesto en relación con la cláusula “hora o fracción” en los contratos de estacionamiento: **la forma de cálculo del precio debe ser transparente para que la competencia pueda desplegar sus efectos beneficiosos, pero no ser objeto de control.** Nuevamente, si el coste de “emisión del billete” altera el precio pagado por el cliente, **el Derecho ha de garantizar que el cliente conoce el precio total** – el que va a comparar con otras opciones en el mercado – antes de venir obligado a pagarlo, es decir, **antes de expresar su consentimiento.** Cumplido este requisito, que el precio esté formado por 2 conceptos, 5 o 7 no es un problema del Derecho de las condiciones generales. En su caso, será un problema de publicidad engañosa si el que se publicita es un precio significativamente inferior al que resulta cuando el cliente decide adquirirlo.

52. La diferencia con las cláusulas de redondeo es bien patente. Cuando el prestatario se obliga a devolver el principal y los intereses, lo hace asumiendo un determinado interés. **Cuando se le aplica la cláusula de redondeo, se modifica la asunción que ha hecho razonablemente el cliente cuando contrató,** precisamente, porque no la tuvo en cuenta en el momento de contratar. Si no se tratase de préstamos a interés variable, sino que el interés fuera fijo durante toda la vida del préstamo, la entidad bancaria podría “redondear” al alza sin ningún problema: simplemente le diría al cliente que el tipo de interés es del 5 % en lugar del 4,932%. Y el cliente decidiría contratar el préstamo con esa entidad o con otra en función de cuál ofrezca el más bajo. Los que redondearan al alza serían castigados por el mercado en relación – *ceteris paribus* – con los que no lo hicieran. Pero al incluir la cláusula de redondeo en condiciones generales, consiguen ocultar su “desventaja competitiva” en relación con los bancos que no lo hacen. Pero si el banco ofrece el préstamo al 5 % porque redondea, nada habría que objetar porque el cliente tomaría su decisión de contratar con la información suficiente.