

CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN O REDUCCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Domingo Bello Janeiro

Sumario: I. Preliminar: normativa y ámbito de aplicación. II. Límites generales de validez de las cláusulas limitativas. III. Límites específicos de validez de cláusulas limitativas para formularios de contratos de condiciones generales. IV. Pactos de limitación indirecta de responsabilidad. V. Pactos de limitación de responsabilidad permitidos. VI. Sanción de la infracción de los límites de las cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad.

I. PRELIMINAR: NORMATIVA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

En la presente ponencia, y como advertencia previa, se pretende dar cuenta, con carácter eminentemente práctico, de las decisiones judiciales más relevantes que se han venido produciendo con ocasión de los litigios planteados a consecuencia de la inserción de cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en la moderna contratación, siendo de preferente interés aquellas sentencias que, para resolver el conflicto suscitado, aplican alguno de los preceptos que, referidos a tal materia, se contienen en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU), y teniendo presente las novedades que la nueva Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)¹, viene a introducir a este respecto.

Se trata, pues, de realizar una exposición y análisis de la casuística que la aplicación práctica de dicha cuestión, al amparo de los referidos textos legales, ha ocasionado en nuestro país, con el propósito de proporcionar adecuada respuesta a los problemas que se han generado, poniendo de relieve, en su caso, las insuficiencias de la LCU de 1984 y, en su caso, de la propia LCGC de 1998, pero sin pretender, en modo alguno, llevar a cabo una nueva y completa elaboración doctrinal, de corte teórico o dogmático, con noticia exhaustiva de los diversos estudios, nacionales o foráneos, que han versado sobre el asunto ni tampoco de la distinta normativa existente al respecto en el ámbito del Derecho comparado europeo, para lo cual es obligado remitirse, con la finalidad de profundizar en la rica controversia que el tema sugiere, a los documentados trabajos dirigidos por J. Ghestin² o G. Alpa y M. Bessone³.

¹ Ley publicada en el BOE nº 89, de 14 de abril de 1998. Está basada en el Proyecto de Ley 121/000079 (BOE de 5 de septiembre de 1997).

² Cfr. *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe. Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990*, Paris 1991; también, más concretamente, A. S. Muzuaghi, *Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau. Etude de droit comparé Libye-Egypte-France*, Paris 1981.

³ Cfr. *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino 1991; asimismo, C. Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra 1982, bajo el epígrafe "O fenómeno deo consumerismo e as alterações legislativas e jurisprudenciais", pp. 29 ss.

Primeramente quisiera detenerme, aunque de forma breve y a título meramente informativo, en las principales modificaciones introducidas por la LCGC. Esta Ley, que finalmente vio la luz después de diversos intentos de aprobación⁴, tuvo por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁵, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación⁶.

De acuerdo con Pagador López⁷, cabría decir que el sistema de control de control de contenido establecido por la Directiva gravita en torno a la formulación de una cláusula general de prohibición del empleo de cláusulas abusivas (artículos 3.1. y 4), que se ve posteriormente integrada o reforzada mediante la remisión a un catálogo meramente indicativo de cláusulas que *pueden ser declaradas abusivas*⁸, el cual se contiene en el Anexo de la Directiva (artículo 3.3 y anexo)⁹.

Respecto a la regulación de las condiciones generales de la contratación, y teniendo presente la Directiva comunitaria, la LCGC recoge los siguientes temas:

⁴ La preocupación del legislador por construir una regulación general para la contratación mediante la técnica de condiciones generales supuso la elaboración de varios borradores de anteproyectos de Ley que culminaron con la adopción del Proyecto y consiguiente aprobación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

⁵ La directiva persigue la eliminación de las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores, y la consiguiente armonización del sector, a través de la denominada "armonización mínima", en el sentido de que fija "un mínimo común denominador que debe existir en los ordenamientos nacionales, sin impedir que subsistan aquellas normas nacionales que, por encima de los mínimos comunitarios, otorguen un mayor grado de protección al consumidor" (E. Zapater Duque, *Armonización de legislaciones en la política de protección al consumidor: fundamento jurídico e instrumentos jurídicos empleados*, *Directiva. Revista jurídica de estudios monográficos*, 1990, PPV, pág. 140). Esta técnica, generalmente empleada en materia de consumidores, se manifiesta de forma expresa en el artículo 8 de la Directiva 93 cuando señala que "Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección".

⁶ En este sentido, como señaló Álvarez Lata, "el ámbito de aplicación de la Directiva es sustancialmente diverso ya que, por un lado, varían los parámetros que definen al consumidor, concepto que desde una perspectiva se amplía y desde otra se reduce con respecto a la LCU (de 1984), y, por otro, extrac expresamente de la noción de cláusulas abusivas aquellas que hayan sido previamente negociadas por las partes" (Vid., N. Álvarez Lata, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 235).

El ámbito de aplicación objetivo la Directiva (artículo 3.1) viene dado por la noción de cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, es decir (artículo 3.2.1º), aquellas cláusulas contractuales que hayan sido redactadas previamente y respecto de cuyo contenido no ha podido ejercer influencia alguna el contratante que actúa en calidad de consumidor.

Desde un punto de vista subjetivo o material-funcional, la Directiva resulta aplicable a las cláusulas no excluidas de su ámbito de aplicación y que, además, formen parte de contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

⁷ Vid, J. Pagador López, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 76 y ss.

⁸ La doctrina ha venido subrayando la importancia de este amplio catálogo, tanto en relación con la cláusula general, respecto de la cual se ha considerado un *mecanismo de concreción* (Emparanza, E., *La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español*, RDM, 1994, pág. 474), como en la medida en que, en una perspectiva de técnica jurídica, recoge la *tradición* de aquellos ordenamientos nacionales que ya habían emanado normas especiales en materia de condiciones generales de la contratación, consistente en apoyar o reforzar la regulación del control de contenido mediante la combinación de una cláusula general prohibitiva y uno o varios listados de carácter analítico de supuestos concretos prohibidos.

⁹ A este respecto, el Considerando 17º de la Directiva explica que, a los efectos de la misma, *la lista de cláusulas que relaciona el Anexo no puede tener sino carácter indicativo* y que *dado su carácter mínimo, los Estados miembros, en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de tales cláusulas*.

- La definición del concepto de condiciones generales de contratación y la distinción con las cláusulas abusivas. Así, la LCGC introduce una definición de cláusula abusiva, añadiendo un artículo 10 bis a la LCU, y considerando como tal la que en contra de las exigencias de la buena fe cause, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones contractuales¹⁰.

- Se regulan los requisitos para que la incorporación de una cláusula general se considere ajustada a Derecho (“requisitos de incorporación” o “control de inclusión de las condiciones generales¹¹”), y se opta por la interpretación de las cláusulas oscuras en la forma más ventajosa para el adherente.

- Sanción de nulidad de las cláusulas generales no ajustadas a la Ley.

- Creación de un Registro de Condiciones Generales de la Contratación (Capítulo III LCGC). Esta es una de las mayores novedades que la Ley incorpora. Este Registro estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, y la inscripción de las condiciones generales, en principio, es facultativa. Se trata de un Registro jurídico, creado “*ex novo*” o por el Ministerio de Justicia, cuya organización se ajustará a las normas que se dicten reglamentariamente, si bien la Ley concreta en su Disposición Adicional Tercera que existirá, al menos uno en la cabecera de cada Tribunal Superior de Justicia, por lo que el de la Comunidad Autónoma de Galicia tendrá su sede en A Coruña.

- Regulación de las acciones colectivas encaminadas a impedir la utilización de condiciones generales contrarias a la ley¹²: acciones de cesación¹³, de retracción¹⁴ y declarativa¹⁵.

- Régimen sancionador por el incumplimiento de la normativa sobre condiciones generales de la contratación.

¹⁰ Del mismo modo la nueva redacción del artículo 10 LCU, en el apartado 1, párrafo c) establece que “Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”. En este sentido, es significativa la enmienda nº 70 presentada por el Grupo Federal IV-IC al Proyecto de LCGC (BOCG, CONGRESO, serie A. nº 78-6, de 23 de octubre de 1997), que añadió a la referida redacción la expresión “Buena fe”, en consonancia con el propósito del articulado.

¹¹ Es necesario distinguir entre “requisitos de inclusión o control de inclusión” y “requisitos de control”, a través de los cuales se pretende defender al adherente de las condiciones generales, dado que éste no puede participar en su elaboración, ni puede negociar sobre su contenido, por lo que pierde el interés por las mismas. En este sentido, resulta ilustrativa para entender la diferencia entre ambos controles la S. AP de Baleares de 14 de julio de 1994, en la que se planteaba la eficacia de una serie de condiciones generales: “*se hace preciso efectuar dos operaciones o controles: de un lado el control de inclusión, es decir, la verificación de si tales obligaciones han llegado a formar parte del contrato porque reúnen los requisitos del art. 10.1 a) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; y, de otro lado, el control de contenido, es decir, el examen de si, aun formando parte del contenido del contrato, las condiciones son abusivas y, por tanto, ineficaces (art. 10.1.c)... Las cláusulas discutidas superan el primero de los mencionados controles y, por tanto, deben ser consideradas como integrantes del contrato de préstamo...*”

¹² La LCGC determina las diferentes clases de acciones que pueden interponer, entre otros entes, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, para llevar y propiciar el control efectivo de las condiciones generales de contratación.

¹³ Acciones dirigidas a impedir la utilización de una condición general de contratación y a eliminar la ya utilizada si fueran consideradas nulas.

¹⁴ Acciones cuyo fin es desmentir la adecuada utilización y validez de una condición general de contratación, ya sea recomendada por un predisponente o por una organización cualquiera.

¹⁵ Acciones a través de las cuales se procede a declarar a una cláusula contractual como condición general en el mercado y es conocida por el mismo a través de la oportuna inscripción en el previsto Registro de Condiciones Generales de Contratación (artículo 15 LCGC).

Asimismo, esta norma modifica la Ley Hipotecaria para acomodar las obligaciones profesionales de los registradores de la propiedad a la normativa sobre protección al consumidor y sobre condiciones generales.

Por lo que se refiere a la tramitación parlamentaria de la LCGC, el Proyecto de Ley fue bien recibido por los partidos políticos, como demuestra indubitadamente la ausencia de enmiendas a la totalidad en ambas Cámaras, y las propias enmiendas al articulado introducidas en el Congreso de los Diputados, publicado en el BOCG, Senado, el 21 de febrero de 1998.

Ningún Grupo Parlamentario impugnó los elementos esenciales del Proyecto: la regulación de las condiciones generales (la “letra pequeña”), la publicidad registral (*erga omnes*), el efecto horizontal de las sentencias (*ultra partes*), las cláusulas abusivas (la “lista negra”),... Como señaló De los Cobos Mancha, en su ponencia impartida en las “Xornadas sobre condicións xerais da contratación e da protección do consumidor”¹⁶, las enmiendas giraron en torno a la matización o adición de algunos artículos, su modificación, su aclaración, su supresión. En torno, pues, al nivel de protección del consumidor (elevación, mantenimiento o disminución), entre otras cuestiones.

Por otra parte, y en lo que al tema de mi ponencia se refiere, la nueva LCGC, en su Disposición Adicional Primera, modifica la LCU para incrementar la protección a los consumidores, introducir la definición de cláusulas abusivas (apartado tres de la Disposición Adicional Primera) y establecer una enumeración enunciativa de las mismas (Apartado seis de la Disposición Adicional Primera, que añade una Disposición Adicional Primera a la LCU), extraídas en sus líneas generales de la Directiva¹⁷, pero añadiendo también aquellas otras que aún sin estar previstas en ella se estima necesario que estén incluidas en el Derecho español por su carácter claramente abusivo. Esta Ley va más allá de la disciplina de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y usuarios, ya que estipula de forma general las condiciones generales de la contratación; es decir, protege la igualdad de los contratantes tanto si la parte que contrata, sometiéndose a las condiciones generales de la contratación, es un consumidor o usuario, como si es un profesional.

Concretamente, y respecto a la regulación de las cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en la LCU, su añadida Disposición Adicional Primera de la LCGC contempla con carácter de abusivas, entre otras, las siguientes cláusulas:

- “La exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.”

- “La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.

¹⁶ Jornadas celebradas en la Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, los días 15, 16 y 17 de junio de 1998.

¹⁷ El control de contenido, en cuanto pilar básico del Derecho especial de las cláusulas contractuales predisuestas regulado por la Directiva comunitaria, persigue la eliminación de aquellas cláusulas contractuales predisuestas cuyo contenido regulador se reputa abusivo, esto es, inadmisibles por parte del ordenamiento jurídico. En la Directiva del año 1993 sobre cláusulas abusivas, el control de contenido se articula en torno a la existencia de una cláusula general prohibitiva (artículo 3.1) -cuya aplicación trata de facilitarse mediante el establecimiento de unos criterios instrumentales a tal fin (artículo 4.1)- y un catálogo ejemplificativo de cláusulas que se consideran prohibidas, el cual figura recogido en el Anexo de la Directiva (artículo 3.3 y Anexo).

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias.”

- “La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.”¹⁸

- “La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.”

El estudio de las cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en el ámbito de la protección de consumidores constituye uno de los aspectos esenciales del régimen de responsabilidad consagrado en la LCU, por varias razones: tanto por la inusitada frecuencia de tales declaraciones, habitualmente abusivas, cuánto por las carencias de su regulación en la LCU de 1984, carencias que vino a solventar, en parte, la LCGC, como, en fin, porque todo el régimen de responsabilidad previsto en los arts. 25 ss. LCU, de difícil interpretación armoniosa, carecería, en gran medida, de aplicación de aceptarse indiscriminadamente las declaraciones de exención de responsabilidad en los términos en que se suelen predisponer por el empresario.

En efecto, es bien conocida la dificultad hermenéutica originada por la dicción de los arts. 25 a 28 LCU, que después de consagrar en el primero de ellos, art. 25, un régimen de responsabilidad objetiva especialmente rígido, producido por la simple introducción en el mercado de un producto defectuoso, eliminando, incluso, las excepciones habituales de inimputabilidad (fuerza mayor, culpa no exclusiva de la víctima...), sin embargo el siguiente artículo, el 26, está redactado con criterios de responsabilidad por culpa o subjetiva, mientras que el continuador art. 27, que no marca ninguna contraposición con respecto a su precedente, de inspiración subjetivista, no se sabe bien qué tipo de responsabilidad establece, también subjetiva, como se sostiene en la STS de 23 de mayo de 1991¹⁹, cuyo criterio es asumido por la S. AP de Valencia, Sección 7ª, de 31 de julio de 1991²⁰ y, más claramente, fue defendido en la S. AP de Santander, Sección 2ª, de 3 de abril de 1990²¹ o, por el contrario, de corte objetivo²², que es el tipo de responsabilidad por el que opta decididamente el último de los preceptos, el art. 28, aunque en este caso condicionada al correcto uso y consumo de los bienes.

¹⁸ La enmienda nº 105 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) al Proyecto de LCGC (BOCG, CONGRESO, serie A. nº 78-6, de 23 de octubre de 1997) sirvió para modificar la cláusula 10ª del apartado II de la Disposición Adicional nueva incorporada a la LCU, a que hace referencia el apartado seis de la Disposición Adicional Primera. Así, en concepto de mejora técnica, se suprimió el último párrafo previsto en el Proyecto (“...así como las limitaciones de responsabilidad contrarias a la utilidad o finalidad del bien o servicio.”)

¹⁹ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (Ar.) 3784.

²⁰ Revista General de Derecho (RGD) 1991, pp. 9440 ss.

²¹ RGD 1991, pp. 11598 ss.

²² *Vid.* en esta dirección, y allí referencias a la doctrina mayoritaria que se produce en sentido contrario, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, R. Bercovitz y J. Salas (coord.), Madrid, 1992, pp. 662 a 666.

Pues bien, por si no fuera suficiente obstáculo para lograr la garantía y tutela de los derechos de consumidores y usuarios la deficiente redacción de los mentados arts. 25 a 28 LCU y su defectuosa sistemática así como la falta de desarrollo reglamentario de esta Ley o, especialmente, la ausencia de un procedimiento judicial eficaz, rápido y de bajo coste para posibilitar las reclamaciones de daños por el consumo de bienes y servicios, sobre todo si, como es habitual, son de escasa cuantía²³, es lo cierto que la adecuada protección del consumidor necesariamente ha de pasar por analizar previamente con detalle los límites de las cláusulas de reducción o exoneración de responsabilidad del predisponente.

Así las cosas, como complemento de lo dispuesto en los arts. 25 y ss. LCU y la Disposición Adicional primera añadida por la LCGC, y en tanto que inevitable garantía de la aplicación de los criterios establecidos en dichos preceptos para la adecuada tutela de los consumidores, resulta obligado analizar el alcance, las consecuencias y los efectos de las frecuentes cláusulas -habitualmente en condiciones generales- de limitación -o, también, exclusión- de responsabilidad, pues su admisión sin condicionamientos dejaría sin sentido gran parte de las normas tuitivas contenidas en la LCU y la LCGC.

Con esta finalidad tuteladora de los derechos e intereses del consumidor, en diversas directivas o propuestas comunitarias se prohíbe, en sus respectivos ámbitos²⁴, la limitación o exoneración de responsabilidad y, con parecida orientación -aunque con defectuosa redacción y discutible oportunidad y sistemática-, la LCU de 1984, después de declarar reiteradamente, en aplicación del art. 6/2 del Código Civil (CC) y en coherencia con la condición imperativa de la propia LCU, el carácter irrenunciable de los derechos de los consumidores reconocidos en la mentada Ley (arts. 2/3, en la adquisición de bienes o servicios, y 10/1.c, ya sin esta desgraciada limitación), consideraba nulas "las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor y usuario y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio" (art. 10/1.c.6 LCU)²⁵.

Tal crítica declaración, de dudosa utilidad, sólo resultaba aplicable a los consumidores en los términos, también de difícil inteligencia, del art. 1 LCU²⁶ y, al parecer, únicamente cuando las cláusulas de limitación de responsabilidad formaban parte de los formularios contractuales de condiciones generales, irradiando, en cualquier caso, su eficacia tanto para la responsabilidad contractual como extracontractual (art. 10/1 LCU).

Para el resto, para las cláusulas contenidas en un contrato particular -así como para los no consumidores y también, en éstos, para las modificaciones convencionales

²³ *Vid.* el amplio tratamiento de los aspectos procesales que se lleva a cabo en Brasil en el Código de Defensa del Consumidor que entró en vigor el 11 de marzo de 1991 (Ley núm. 8078, de 11 de septiembre de 1990), de lo que da buena cuenta A. Pellegrini Grinover, "La nueva normativa brasileña del consumidor", *Estudios sobre consumo*, núm. 25, diciembre 1992, pp. 13 ss.

²⁴ Así, el art. 12 de la Directiva 85/734/CEE, de 25 de julio de 1985, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas -DO- núm. L 210, de 7 de agosto de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, cuyo plazo para la adecuación de los ordenamientos respectivos de los Estados miembros expiró el 30 de julio de 1988 (art. 19 de la Directiva 85/734) o el art. 7 de la propuesta de la Directiva del Consejo sobre responsabilidad del prestador de servicios (DO núm. C 12, de 18 de enero de 1991).

²⁵ En este sentido, S. AP de Vizcaya de 24 de enero de 1994, siguiendo el criterio mantenido en la SAT de Oviedo de 6 de julio de 1989 y en la S. AP de Valencia de 17 de octubre de 1990, al enfrentarse a una cláusula por la que una agencia de viajes limitaba la responsabilidad en caso de falta de alojamiento en el hotel contratado; S. AP de Oviedo de 22 de enero de 1993 y S. AP de Asturias de 28 de abril de 1994 para declarar nula una cláusula relativa a los intereses moratorios de un contrato de financiación; S. AP de Baleares de 23 de junio de 1994 (Ar. 1036) declara abusiva una cláusula sobre la duración de un contrato de arrendamiento de servicios; en igual sentido, S. AP de Madrid de 8 de julio de 1994 (Ar. 1486).

²⁶ *Vid.* las dudas que suscita en A. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Estudios, cit.*, pp. 106 ss.

de la responsabilidad aquiliana-, habría de acudirse, a los efectos de concluir su validez, a lo dispuesto con carácter general en los arts. 1102 y 1255 CC, que, por otra parte, resultan también de aplicación para discernir la validez -y licitud- de las cláusulas limitativas introducidas en los módulos de contratación en masa.

En cualquier caso, esta diferencia de trato para las mismas cláusulas en función de su inserción o no en condiciones generales, impuesta por la dicción literal del antiguo art. 10 LCU y admitida por buena parte de la doctrina, no dejaba de ser altamente cuestionable por injusta, según ya había señalado F. de Castro²⁷, extremo éste en el que, por no desviarnos del tema objeto del trabajo, no nos podemos extender, aceptando, a efectos meramente expositivos, la dicotomía tradicional en función de la inserción o no de la cláusula en cuestión en los módulos de contratación uniforme, diversificación que, desde luego, también tiene razones justificativas de peso y que, a pesar de haber sido omitida en la Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sin embargo, terminó siendo asumida tanto en la Propuesta modificada de Directiva del Consejo como, en fin, en la propia Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993²⁸ y en la propia LCGC de 1998.

Para concluir esta introducción, ha de destacarse que la eficacia de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad, tanto aquellas que figuran en condiciones generales como las incluidas en contratos particulares, no puede extenderse más allá del consumidor concreto con el que se estipulan, siendo, además, necesario que dicho adquirente del producto las hubiera aceptado expresamente²⁹ o, incluso, de modo tácito, pero siempre suficientemente acreditativo de su voluntad de admisión, siendo en este extremo de especial relevancia la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que se cuida de señalar la diferencia entre consentimiento tácito y mero conocimiento³⁰.

Así, puede estimarse que el consumidor acepta aquellas cláusulas que figuran en el certificado de garantía que dicho usuario remite al predisponente, pero no cuando figura sólo en el producto o en sus instrucciones de uso...³¹ y es por ello que la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, incluye en la letra e) del número 1 del anexo, como ejemplo de cláusulas abusivas, aquellas que tengan por objeto o por efecto “hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”, lo que, igualmente, se recoge en la LCGC, en la disposición adicional primera, V, 20, cuando considera abusivas “las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido conocimiento real antes de la celebración del contrato”³².

²⁷ Cfr. “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, ADC 1961, p. 337, con cita de Möller (nt. 164).

²⁸ DO n. C 243, de 28 de septiembre de 1990; DO n. C 73, de 24 de marzo de 1992 y DO n. L 95, de 21 de abril de 1993, respectivamente.

²⁹ Así, S. AP de Cádiz, Sección 3ª, de 22 de marzo de 1997.

³⁰ SSTs de 19 de diciembre de 1990 (Ar. 10287) y 11 de junio de 1991 (Ar. 4445); con todo, el TS ha venido dotando de virtualidad como consentimiento tácito a la pasividad o no oposición de la esposa a la actuación de su marido (SSTs de 26 de marzo y 3 de julio de 1992, Ar. 2332 y 6049).

³¹ Mª. A. Parra Lucán, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, p. 451, nt. 345, siguiendo a Carnevali.

³² Con motivo de la enmienda nº 107 que el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) presentó al Proyecto de LCGC (BOCG, CONGRESO, serie A, nº 78-6, de 23 de octubre de 1997) se suprimió la locución “insuficiente o” en la cláusula 20ª del apartado V de la Disposición Adicional nueva incorporada a la LCU, toda vez que tal expresión resultaba ininteligible, además de no figurar tampoco el supuesto legal entre las cláusulas abusivas de la Directiva 93/13/CEE.

Con tal orientación, en la STS de 18 de junio de 1990³³ no se tiene en consideración una cláusula de sumisión a la Ley inglesa pues en el contrato de adhesión, firmado por ambas partes, la meritada cláusula -que, según veremos, puede suponer una verdadera, aún indirecta, limitación de responsabilidad del predisponente-, figura en las condiciones generales unidas como anexo y a las que se refiere el contrato, pero que no aparecen firmadas por los interesados, lo que, igualmente, fue estimado por la STS de 29 de abril de 1991³⁴, en aplicación de lo dispuesto en el art. 3 de la Ley del Contrato de Seguro.

Asimismo, en la STS de 29 de enero de 1996 el Alto Tribunal mantiene que en los contratos de adhesión la suscripción y aceptación expresa de las condiciones generales determina su valor normativo y vinculación para el tomador³⁵. Por lo que las condiciones limitativas sólo tendrían valor y obligarían a quien las suscribe, si éste “de forma taxativa y por escrito bien determinante” la hubiera aceptado³⁶.

II. LÍMITES GENERALES DE VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS

Por lo que se refiere a los límites que, con carácter general, han de respetarse para la validez de los pactos limitativos o exoneratorios de responsabilidad, de aplicación al margen de su inclusión o no en condiciones generales y con independencia del carácter contractual o no de la responsabilidad consecuente y de la condición de consumidor o usuario del acreedor o dañado, el art. 1255 CC prohíbe las estipulaciones contrarias a la Ley, en remisión implícita, en nuestro ámbito, a la norma imperativa prevista en el art. 1102 CC (también art. 1107/2 CC), que consagra la nulidad -ausencia de validez y licitud- de los pactos de exención -o limitación- de responsabilidad en caso de dolo.

A pesar del silencio al respecto en el artículo 1103 CC sobre la prohibición de exonerarse de responsabilidad en caso de culpa grave, que había señalado ya la añaña STS de 2 de julio de 1875³⁷ y que también aparece consagrado en los arts. 1299 del Código Civil italiano y 100 del Código de Obligaciones suizo o, asimismo, en los actuales arts. 168/2 y 1366 CC, parece oportuno, en la misma dirección, considerar aplicable también a los supuestos de culpa grave la prohibición que se contiene respecto al dolo en el artículo 1102 CC, según advierte un sector de la doctrina y la jurisprudencia³⁸, lo que tiene especial transcendencia si tenemos en cuenta que, como se ha destacado³⁹, vivimos en la “era del accidente”, fruto del desarrollo técnico y tecnológico, donde la frontera entre la mera culpa y el caso fortuito se difumina cada vez más.

³³ Ar. 4764.

³⁴ Ar. 3067.

³⁵ STS de 8 de marzo de 1990 (RJ 2424).

³⁶ STS de 7 de febrero de 1992 (RJ 838).

³⁷ Jurisprudencia Civil, Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo publicada por la dirección de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (JC), tomo XXXII, núm. 271, pp. 354 ss.

³⁸ Así, S. AT Oviedo de 6 de julio de 1988 (La Ley 1989/2, 669). *Vid.* amplia información al respecto en F. Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pp. 362 a 367 y A. Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra 1985, pp. 232 a 237, con detallada exposición del derecho comparado al respecto.

³⁹ *Cfr.* A. Pinto Monteiro, “*Cláusulas de responsabilidade civil*”, Separata del número especial del Boletín de la Facultad de Derecho de Coimbra en homenaje al Prof. Dr. A. Rodrigues Queiró, Coimbra 1990, pp. 18 y 19.

En este extremo, conviene tener presente que la nulidad de la cláusula no sólo vendrá determinada por la directa exclusión de la responsabilidad por dolo (lo que no será frecuente), sino, fundamentalmente, por la inclusión de limitaciones que, subrepticamente, conllevan tal consecuencia, como aconteció en el caso enjuiciado en la STS de 2 de octubre de 1992⁴⁰, en la que se declara la nulidad de una cláusula que limitaba la responsabilidad del constructor exclusivamente a los defectos ocultos de las viviendas, pues, como se razona en dicho fallo, “pretender la validez de la estipulación que limita la cobertura de los derechos de los compradores es hacer posible la renuncia a la acción por dolo (artículo 1.102), impedir que la negligencia sea exigible en toda clase de obligaciones (1.103) y dejarles absolutamente indefensos, lo que impide incluso la Ley de Consumidores”.

En segundo lugar, y en desarrollo de lo dispuesto en el mismo art. 1255 CC, carecen de validez -y de licitud- las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad contrarias al orden público o a la moral -incluso aunque no exista dolo o culpa grave, casos en los que, de ordinario, dicho límite adquiere mayor virtualidad-, inciso que, en nuestro derecho, permite predicar la nulidad de las cláusulas de exoneración o limitación que afecten a daños a la vida o integridad física o a la dignidad de las personas, por contrarias al orden público (art. 10 de la Constitución española), según estima F. Jordano Fraga⁴¹ o, si se quiere, a las buenas costumbres o a la moral, como concluye M. García Amigo⁴².

Igualmente, por la misma razón de orden público, es nulo cualquier pacto que implique un abuso de posición económica frente a la contraparte (arts. 9 y 51 de la Constitución)⁴³ o las limitaciones de responsabilidad derivadas del delito, que no por casualidad, como ha resaltado S. Díaz Alabart⁴⁴, han sido excluidas del arbitraje especial de consumo en el art. 31 LCU y, también, después, en el art. 2/2.d del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo.

Por último, para finalizar este somero análisis de la validez de las declaraciones que reducen la responsabilidad de una de las partes de conformidad con el régimen general, ha de tenerse presente que, en el ámbito contractual, han de ser estimadas nulas, en principio, todas las convenciones que supongan o impliquen la exoneración total de responsabilidad del deudor, no ya sólo en virtud de lo dispuesto en el art. 1911 CC sino, más claramente, porque el art. 1256 del mismo cuerpo legal prohíbe que quede al arbitrio de una de las partes cumplir o no cumplir sus obligaciones⁴⁵.

Efectivamente, ya la STS de 4 de julio de 1953⁴⁶ había declarado nula la cláusula que figuraba inserta en un billete gratuito concedido por RENFE por la que ésta se exoneraba de cualquier “clase de perjuicios que puedan ocasionarse al portador del mismo -billete- y demás personas en él comprendidas” y, en la misma dirección, la S. AP de Barcelona, Sección 16^a, de 15 de noviembre de 1990⁴⁷ considera contraria a la

40 Ar. 7516.

41 *Op. cit.*, p. 370.

42 *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, p. 163.

43 La S. AP de León de 7 de diciembre de 1994 (Ar. 2163) declara la nulidad de una cláusula abusiva por comportar una violación del orden público económico en perjuicio del consumidor y en beneficio del Banco.

44 *Cfr. Comentarios, cit.*, p. 290.

45 *Cfr.*, por todos, A. Gullón Ballesteros, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, tomo II, p. 2055.

46 Ar. 2017.

47 RGD 1991, pp. 4333 ss.

Ley a que se refiere el art. 1255 CC, por vulnerar la buena fe, la cláusula que figura en las bases de un concurso con premio en la que se establece la exoneración de responsabilidad para el caso de pérdida o deterioro de la obra artística participante en el concurso y, en consecuencia, se concluye que el promitente debe responder de tal pérdida o deterioro en todo caso, excepto en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor⁴⁸.

III. LÍMITES ESPECÍFICOS DE VALIDEZ DE CLÁUSULAS LIMITATIVAS PARA FORMULARIOS DE CONTRATOS DE CONDICIONES GENERALES

Ante el panorama normativo precedentemente expuesto, de aplicación también, se reitera, para las limitaciones contenidas en formularios de contratación uniforme, puede colegirse que resultaba bien evidente la escasa utilidad de la disposición contenida en el apartado sexto del art. 10/1.c LCU de 1984.

Dicha inutilidad resultaba tanto más palmaria si se tiene en cuenta que los arts. 25 ss. LCU establecen la responsabilidad general del suministrador, lo que, en coherencia con el carácter irrenunciable de los derechos que la propia Ley reconoce al consumidor (arts. 2/3 y antiguo 10/1.c LCU), entre los que se cuenta la exigencia de responsabilidades reguladas en dichos arts. 25 ss., hacía básicamente innecesaria la disposición contenida en el mencionado art. 10/1.c.6 LCU, como, con acierto, se había destacado⁴⁹, pues resultaba incluso dudosa la razón justificativa que podría, desde luego, aducirse de información al consumidor⁵⁰ en tanto que ello no se compadece con su perturbador y confuso tenor literal.

En efecto, el primer párrafo del art. 10/1.c.6 LCU de 1984 declaraba ineficaces las limitaciones *absolutas* de responsabilidad frente al consumidor si las mismas están incluidas en condiciones generales; luego, de su dicción textual pudiera deducirse la indiscutible validez, sin matices, de las limitaciones no absolutas cuantitativa o cualitativamente -exclusión para un concreto supuesto o hasta una específica cantidad o a partir de un determinado periodo de tiempo-

Sin embargo, esta conclusión contradecía de modo palmario la anteriormente señalada necesaria restricción impuesta, con carácter general, en el art. 1255 CC, de tal modo que, aún no siendo absoluta la limitación de responsabilidad, es igualmente nulo el pacto de limitación contrario a una exigencia específica de orden público, significativamente para daños provenientes de delitos o, de modo especial, ante daños causados a las personas, que son objeto de específica atención en el art. 18/a) del Decreto-Ley portugués 446/85, de 25 de octubre, sobre "cláusulas contractuales generales"⁵¹ y en la letra a) del núm. 1 del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que considera de tal condición a aquellas estipulaciones que tengan por objeto o por efecto "excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional".

⁴⁸ Este mismo criterio jurisprudencial es el mantenido por la ya citada S. AP de Vizcaya de 24 de enero de 1994.

⁴⁹ R. Bercovitz Rodríguez-Cano, en A. y R. Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pp. 210 y 211.

⁵⁰ *Id.*, en cambio, tal alegación en S. Díaz Alabart, *Comentarios, cit.*, p. 289.

⁵¹ *Diário da República-I Série*, N.º. 246.

De la misma manera, con base en la aplicación de los arts. 1255 y 1102 CC, carece de validez la limitación, aún relativa, de responsabilidad ante daños causados por dolo o culpa grave (conociendo o debiendo conocer, con la diligencia exigible a todo profesional, el carácter dañoso del producto lanzado al mercado), sobre todo teniendo en cuenta el mayor rigor empleado al respecto por la jurisprudencia en los contratos de adhesión, pues incluso aquellas decisiones que, por ejemplo, no aceptan la equiparación entre el dolo y la culpa grave, sin embargo dejan a salvo aquellos “supuestos en que exista entre los contratantes una desigualdad que no haya permitido al acreedor discutir la cláusula con su deudor”, según se advierte en la S. AP Bilbao de 22 de mayo de 1987⁵², lo que, expresamente, se sancionaba en el art. 20 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación, en su segunda redacción⁵³.

Luego, la única novedad de la primera parte del art. 10/1.c.6 LCU de 1984, respecto del régimen de limitaciones general precedentemente expuesto, radicaba en que carecían de validez las limitaciones de responsabilidad que tuvieran carácter absoluto en los casos de culpa leve si las mismas se encontraran incluidas en los formularios de contratación uniforme y, lógicamente, hubieren sido aceptadas por el consumidor, lo que, por otra parte, ya tenía su correspondiente sanción general de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1256 y 1911 CC.

Dicha regulación, en principio, parecía un régimen menos tuitivo del consumidor que el derivado, si no existiese tal inciso, de una interpretación combinada de los arts. 25 a 28 de la LCU de 1984, todo lo cual, en fin, parecía, como en otras ocasiones ya he señalado, de dudosa oportunidad en el marco de la enumeración de un elenco de cláusulas abusivas introducidas en condiciones generales -potencialmente más peligrosas para el consumidor que los contratos particulares-, tanto más si se tiene en cuenta la aplicabilidad de los arts. 25 ss. para todo consumidor, contratante o no, al margen del contenido de las condiciones generales.

Aparte de todo ello, resulta que, además, tampoco era demasiado acertada la conclusión derivada del primer inciso del art. 10/1.c.6 LCU pues no siempre ni necesariamente siempre son válidas las limitaciones no absolutas de responsabilidad con culpa leve, en tanto que será igualmente nula una declaración con tal contenido limitativo que rompa el equilibrio de las prestaciones como, por ejemplo, en los supuestos en que, como contrapartida, no se ofrezca al consumidor la obtención del beneficio de un precio notoriamente reducido⁵⁴.

El segundo inciso del antiguo art. 10/1.c.6º LCU declaraba inválidas las limitaciones -no se sabe bien si absolutas o no- de responsabilidad relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio si las mismas estuvieren recogidas en condiciones generales, siendo, de nuevo, una aclaración o especificación de lo dispuesto en diversos preceptos de la LCU, que consagra en los arts. 2/1.b⁵⁵, 2/1.c, 8/1 y 27/1.a el derecho -básico e irrenunciable- del consumidor a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio y, además, no sólo en condiciones generales.

⁵² La Ley 1987/4, 125.

⁵³ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1988, pp. 148 ss.

⁵⁴ Cfr: S. Díaz Alabart, *Comentarios*, cit., p. 290.

⁵⁵ La nueva LCGC, en el apartado 1 de su Disposición Adicional Primera, ha modificado el párrafo b) del apartado 1 del artículo 2 de la LCU de 1984, quedando redactado de la siguiente forma: “Son derechos básicos de los consumidores y usuarios la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos”.

De nuevo, en fin, puede concluirse la innecesariedad de la mención, que, como destacaba R. Bercovitz Rodríguez-Cano⁵⁶, sólo podía servir para introducir confusión sobre el alcance de los derechos que la Ley reconoce en todo caso y con carácter imperativo al consumidor y usuario, tal y como se destacaba, si bien *obiter dictum*, -pues en el caso ni se trataba de un acto de consumo ni de consumidor el demandante- en la S. AP Valencia, Sección 7^a, de 17 de octubre de 1990⁵⁷, en la que se ponía de relieve que la anterior redacción del art. 10, en su integridad “por su excesiva generalización e imprecisión...es origen de una verdadera inseguridad jurídica, con una eficacia más que discutible”.

Buena prueba del carácter superfluo de dicho inciso es que no fue alegado ni aplicado en la S. AP de Barcelona, Sección 1^a, de 24 de enero de 1991⁵⁸, para determinar la nulidad de la cláusula de un ticket de aparcamiento a través de la cual la empresa que lo explota se exonera de responsabilidad por robo, daños a terceros o sustracciones, pues tal conclusión de ausencia de validez de dicha cláusula se fundamentó en el caso tanto en los límites generales del art. 1255 CC cuanto en los derechos básicos del consumidor que predicen las letras c) y f) del art. 2/1^o LCU y que tienen carácter irrenunciable a tenor del art. 2/3 LCU así como también en la prohibición del antiguo inciso 8 del art. 10/1.c (actualmente, en la disposición adicional primera de la LCGC de 1998, IV, 19⁵⁹) sobre la inversión de la carga de la prueba e, incluso, también de aquellas cláusulas que impliquen limitaciones absolutas de responsabilidad que consideraba abusivas el propio inciso 6^o del art. 10/1.c en términos que anteriormente hemos advertido y que en la actualidad se contemplan en la LCGC de 1998.

En cualquier caso, en dicho supuesto tradicional de contrato de garaje⁶⁰ no fue preciso recurrir a la segunda parte del mentado precepto para considerar no puesta la cláusula en cuestión y, desde la perspectiva contraria, igualmente en un contrato de aparcamiento, en la S. AP de Madrid, Sección 11^a, de 14 de abril de 1992⁶¹ tampoco se requirió un pacto escrito para entender nacida la obligación de vigilancia del vehículo, pues el servicio que ofrece el aparcamiento la lleva implícita como consecuencia coherente con el uso y la buena fe (art. 1258 CC) con carácter “indisponible al ser exigible por el consumidor (artículo 8.1 en relación al 2.1 B y 2.3 de la referida Ley)” en tanto que integrante de la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio⁶².

Asimismo, en la S. AP Palencia de 30 de marzo de 1992⁶³ fue suficiente la invocación de la disposición genérica contenida en el antiguo apartado 3 del art. 10/1.c, en combinación con las normas generales que preconizan los arts. 1256 y 1258 CC, para

⁵⁶ Cfr. *Estudios, cit.*, p. 211.

⁵⁷ La Ley, 1991-2, 171.

⁵⁸ RGD 1991, pp. 6666 ss.

⁵⁹ Después de que el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) presentara la enmienda n^o 106 al Proyecto de LCGC, CONGRESO, serie A, n^o 78-6, de 23 de octubre de 1997), a los efectos de adicionar *in fine* un texto en la cláusula 19^a del apartado IV de la Disposición Adicional nueva incorporada a la LCU (su justificación era la de ajustar el precepto legal al tenor literal del artículo 1.q) del Anexo de la Directiva traspuesta), ésta quedó redactada de la siguiente manera: “La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante”.

⁶⁰ *Vid.*, por todas, la S. AP Madrid de 3 de octubre de 1987 (La Ley 1987-4, 578) en la que se pone de relieve que son obligaciones del garajista las de poner un lugar suficiente, determinado o indeterminado, según las peculiares condiciones convenidas, a la disposición del usuario para la ubicación de su vehículo, la vigilancia del mismo y la obligación de devolverlo a su propietario en el mismo estado en que le fue entregado.

⁶¹ Actualidad Civil (AC) 548/1992.

⁶² *Vid.* S. Cavanillas Múgica, “Las prestaciones propias de cada producto o servicio (art. 8.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)”, *Aranzadi Civil*, n^o 2, pp. 7 ss.

⁶³ La Ley 1992-4, 213.

considerar nula la cláusula que figuraba en una póliza de seguro multirriesgo en cuya virtud, después de especificar que uno de los riesgos cubiertos es la caída de un rayo, se consideran excluidos los daños causados por la caída del rayo en las instalaciones, aparatos eléctricos y sus accesorios y, en consecuencia, para condenar a la Compañía de Seguros a indemnizar los daños causados al haber caído un rayo en la antena de televisión situada en el tejado del edificio en cuyo bajo está ubicado el comercio de los asegurados.

En este caso resultó innecesario aplicar el inciso 6, en su última parte, pues la AP Palencia, con la aplicación de los preceptos anteriormente mencionados, concluyó, igualmente, la nulidad de la cláusula en cuestión al considerar que la misma contraviene claramente la finalidad esencial del contrato de seguro, al menos en lo que a uno de los riesgos cubiertos, la caída del rayo, se refiere, pues si de ello se pretende excluir la caída en instalaciones eléctricas, “es difícilmente imaginable el citado riesgo”, aparte de que “sería colocar al asegurado en una situación de franca desventaja en relación con el asegurador, vulnerar las consecuencias que fuesen conformes a la buena fe y dejar la eficacia del contrato...al arbitrio de una de las partes”, como, con acierto, se razona en dicha sentencia.

En efecto, exactamente igual que no resulta necesario dicho inciso en el ámbito del contrato de seguro al objeto de concluir la nulidad de las cláusulas de exclusión de cobertura para aquellos daños causados por la conducta dolosa o con negligencia grave del asegurado o que tengan su origen en la ausencia de adopción de las medidas de seguridad adecuadas puesto que dichas cláusulas contradicen ya claramente el derecho a la finalidad o utilidad esencial, a la prestación propia del contrato de seguro que se consagra en el art. 76, con el carácter imperativo que al respecto predica el art. 2, ambos de la Ley del Contrato de Seguro, que impide al asegurador que pueda oponer a la víctima que el daño se debió a la conducta dolosa del asegurado y, así, una cláusula con tal contenido limitativo fue declarada ineficaz por las SSTS de 9 de noviembre de 1990⁶⁴ y 10 de junio de 1991⁶⁵, si bien en ambos casos concurrían otras razones justificativas de la aludida nulidad, en concreto no haber sido firmadas individualmente en contravención a lo dispuesto en el art. 3/1º *in fine* de la Ley del Contrato de Seguro.

IV. PACTOS DE LIMITACIÓN INDIRECTA DE RESPONSABILIDAD

Otra buena muestra de las deficiencias de la LCU de 1984 en la materia de la que nos ocupamos radica en que, a pesar de ser innecesariamente explícita en la inclusión de determinadas cláusulas abusivas en la enumeración ejemplificativa, no exhaustiva - “entre otras”- del art. 10 (como las del antiguo inciso 6º del apartado primero, letra c) que ya se encontraban sancionadas -y de manera más clara y efectiva- en el resto del articulado de la Ley o en otras normas del ordenamiento jurídico, sin embargo, resultaban desgraciadamente silenciadas otras que, de ordinario, suelen incluirse en condiciones generales y cuya específica mención deviene tanto más necesaria no sólo ya por su frecuencia e importancia intrínseca sino, sobre todo, por cuanto que, por lo que a nosotros nos interesa, puede ser más dudoso en tales supuestos su condición abusiva en la medida en que en los mismos la limitación de responsabilidad se produce con carácter

64 Ar. 8535.

65 Ar. 4434.

indirecto⁶⁶ y porque, además, precisamente por ello, difícilmente despiertan sospechas de su carácter abusivo en el consumidor medio⁶⁷.

Así, y tal y como he defendido en otras ocasiones, extrañaba el olvido de la expresa prohibición de incluir en condiciones generales la imposición de renunciaciones al propio fuero -entre lo que se cuenta, ya, especialmente, el sometimiento a un derecho extranjero a que se refería la mencionada STS de 18 de junio de 1990⁶⁸-, que se encuentra comprendida, desde luego, en el art. 2/3-2 y antiguo 10/1.c.10 LCU o en el art. 6/2 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁶⁹ y que se contemplaba expresamente en el art. 22 del Anteproyecto de condiciones generales, Segunda redacción⁷⁰, y, antes, en el art. 14 de la Ley de venta de bienes muebles a plazos con carácter imperativo, según se destaca en la STS de 12 de diciembre de 1991⁷¹, o en el art. 121/1 Ley de arrendamientos urbanos (manteniéndose en el art. 32 del Proyecto de Ley de 30 de diciembre de 1992) o en el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 o, en fin, en el art. 24 de la Ley 90/1980, sobre contrato de seguro.

Dicha cláusula, a pesar de ser lícita en nuestro derecho (art. 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷², por cierto no aplicable ni a los juicios verbales⁷³ ni a los ejecutivos tras la nueva redacción de los artículos 717 y 1439 de dicho texto legal dada por Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal), sin embargo,

⁶⁶ R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Estudios, cit.*, p. 213, pone como ejemplos las limitaciones a la facultad de oponer excepciones, prórrogas o renovaciones contractuales tácitas, rechazo de la excepción de compensación...

⁶⁷ Vid. S. Díaz Alabart, *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, R. Bercovitz y J. Salas (coord.), Madrid 1992, p. 293 y "Las cláusulas contractuales abusivas", en *Contratos de adhesión, cit.*, p. 62. Ello tiene especial relevancia precisamente porque, como se evidencia del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo, STS, de 30 de noviembre de 1993 (Actualidad Civil, AC, 355/1994), para analizar la validez de las cláusulas de un contrato hay que especificar la concreta cláusula y el precepto que conculca no sólo porque el recurso de casación tiene carácter extraordinario y no es una nueva instancia sino también "porque se crearía una patente indefensión a la parte recurrida, que no conocería los argumentos -si existiesen- en pro de su ilegalidad, por lo que nada podría alegar en contra para defenderse".

⁶⁸ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi -Ar.- 4764, en la que no se tiene en consideración una cláusula de sumisión a la Ley inglesa pues en el contrato de adhesión, firmado por ambas partes, la meritada cláusula figura en las condiciones generales unidas como anexo y a las que se refiere el contrato pero que no aparecen firmadas por los interesados.

⁶⁹ Diario Oficial de las Comunidades Europeas n. L 95, de 21 de abril de 1993.

⁷⁰ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1988, p. 148 y ss. Vid., en igual dirección, el art. 23 del Anteproyecto en la tercera redacción ultimada por el Ministerio de Justicia en otoño de 1991, donde se especifica que "las cláusulas de condiciones generales no podrán contener el pacto de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del adherente".

⁷¹ Ar. 8996.

⁷² Vid. sobre los requisitos que deben de cumplimentarse para la validez de la cláusula de sumisión expresa SSTS de 18 de febrero de 1993 (Ar. 1241) en donde se declara nula porque no contiene una renuncia clara y terminante a su fuero propio, y 19 del mismo mes y año (Ar. 998) en la que se contienen referencias jurisprudenciales sobre la validez de cláusulas sumisorias figuradas al dorso de los contratos y albaranes, lo que constituyó el objeto de debate en dicha decisión entre dos empresas y 17 de marzo de 1993 (Ar. 2019) donde también se incluye amplia información jurisprudencial que considera suficiente, para que en un contrato conste la sumisión expresa, que se deduzca de su expresión la atribución a un Juez determinado sin que sea preciso emplear las mismas palabras del artículo 58/2º del mentado texto procesal. Otra información sobre el particular en A. V. Illescas Rus, "La sumisión expresa en los contratos de adhesión", en *Contratos de adhesión, cit.*, pp. 413 a 424.

⁷³ De conformidad con los cuales se deciden los procesos civiles, cualquiera que sea su cuantía, relativos a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos de motor de acuerdo con la Disposición Adicional Primera/1 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

al dificultar u obstaculizar el ejercicio de las acciones de resarcimiento del adherente, supone una verdadera limitación de la responsabilidad del predisponente o, por mejor decir, una auténtica indefensión para el consumidor, al menos en buena parte de las ocasiones⁷⁴. Esta fue la razón que movió al legislador a añadir, a través de la nueva LCGC, una Disposición Adicional Primera a la LCU de 1984, regulando, en su apartado V, puntos 27 y 28, como cláusulas abusivas “la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato”⁷⁵ y “la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza”.

No obstante, con anterioridad a la entrada en vigor de la LCGC, hubo situaciones en que resultaba de equidad la validez y eficacia de la cláusula de sumisión, como sucedió, por ejemplo, en el supuesto enjuiciado en las SSTs de 31 de mayo de 1991⁷⁶ y 22 de julio de 1992⁷⁷, que resolvieron en idéntico sentido sobre igual presupuesto fáctico suscitado entre las mismas partes contendientes, al haber accedido a casación por dos vías procedimentales diferentes, y en las que se declaraba la procedencia de una cláusula de sumisión expresa que sobresalía de forma nítida en el contrato perfeccionado y, en consecuencia, se admitía la reclamación de cantidad por el empresario contra el consumidor -Comunidad de Propietarios-que indebidamente resolviera el contrato, dejando, en parte, impagada la prestación efectuada por la actora.

Ahora bien, con independencia de la justicia del caso concreto, era lo cierto que, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la LCU de 1984, el examen y la decisión por los Tribunales sobre la validez o no de la cláusula de sumisión, como atinadamente se razonaba en las dos decisiones últimamente citadas, suponían pronunciamientos de fondo “después de haber ponderado las obligaciones que asumieron los contratantes en función de su situación, cuantía de los intereses en juego, posibilidad de actuación, diseño perfecto o menos perfecto de la bilateralidad, desplazamiento de la onerosidad a una sola de las partes, buena fe, etc. Todo ello, tras el debate y previa prueba...”.

De ello podía razonablemente inferirse que la ausencia de inclusión de la condición general que imponía al adherente la renuncia al propio fuero en el elenco del antiguo art. 10 LCU favorecía y propiciaba, inexcusablemente, la generalizada utilización de la misma en los modelos de contratos de adhesión, pues, según hemos señalado, sólo tras el detenido estudio del fondo de la realidad negocial subsumida, y nunca en el jui-

⁷⁴ Vid. las críticas al respecto de R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Estudios, cit.*, p. 204; S. Díaz Alabart, *Comentarios, cit.*, p. 271 y M. Villalba Alava, “Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, leasing y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil”, AC 1992, pp. 791 y 792.

⁷⁵ El texto se aparta de la redacción de la Directiva comunitaria, pues hace referencia a estas cláusulas en el apartado q) como las que tengan por objeto “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor (...)”. Por otro lado, es de constatar el éxito obtenido por la enmienda nº 111 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) al Proyecto de LCGC (BOCG, CONGRESO, serie A, nº 78-6, de 23 de octubre de 1997), a los efectos de suprimir la locución “exclusivo” (“...derecho *exclusivo* del consumidor...”) en la cláusula 27ª del apartado V de la Disposición Adicional nueva incorporada a la LCU, puesto que la elección del fedatario no es un derecho exclusivo de ninguna de las partes, sino de ambas.

⁷⁶ Ar. 3955.

⁷⁷ Ar. 6449.

cio previo de competencia⁷⁸, podían llegar nuestros Tribunales a apreciar el carácter abusivo de la cláusula en cuestión, lo que, en definitiva, difícilmente acaecía, pues ante la dificultad que supone para el adherente litigar lejos de su domicilio, sobre todo si la cuantía de su reclamación no es elevada, habitualmente declinaba impetrar la tutela de sus derechos ante los Tribunales.

Aparte de esto, y con el texto de la LCU anterior a las modificaciones que vino a introducir la LCGC, la solución a adoptar por los órganos judiciales distaba mucho de ser clara, como se evidenciaba de la discrepancia puesta de manifiesto por el Auto de 5 de septiembre de 1991 de la AP de Málaga, Sección 4^a⁷⁹, en el supuesto enjuiciado en las dos Sentencias del Tribunal Supremo a que venimos haciendo referencia y, así, frente a la decisión mayoritaria, que, en aplicación de lo preceptuado en la anterior redacción del art. 10, núm. 1. c), 3^o-2^o y 4^o LCU, consideró nula la cláusula de renuncia al fuero propio que figuraba en el contrato totalmente impreso redactado previa y unilateralmente por la empresa constructora y cuya aplicación no podía evitar el usuario o consumidor, la Comunidad de Propietarios, que quisiera obtener el servicio, por el contrario uno de los Magistrados formuló un voto particular en el que consideraba de plena validez la cláusula en cuestión, lo que, a la postre, fue ratificado por el TS.

Asimismo, tal conclusión, la validez de una cláusula de sumisión expresa, aún insertada en el reverso del documento y a pesar de que la firma se había estampado en el anverso, fue asumida por la S. AP de Madrid, Sección 11^a, de 21 de enero de 1992⁸⁰, en la que se aducía en pro de tal decisión que la rúbrica del contratante -que en el caso era comerciante y no consumidor, por lo que se trataba de una declaración *obiter dictum*- figuraba justo debajo de la declaración de conocer y aceptar en su totalidad las condiciones generales que figuraban al dorso del contrato, no apreciándose en el caso el exigido desequilibrio ni perjuicio desproporcionado o de manera no equitativa entre las partes.

No obstante, en base a la Directiva 93/13/CEE, y como muestra de la siempre oscilante jurisprudencia a este respecto, las SSTs de 8 de noviembre de 1996 (Ar. 7954) y 1 de febrero de 1997 (Ar. 672), fieles al criterio mantenido, entre otras, por las SSTs de 23 de julio de 1993 (Ar. 6476), 20 de julio de 1994 (Ar. 6518), 12 de julio de 1996 (Ar. 5580), 14 de septiembre de 1996 (Ar. 6715), 23 de septiembre de 1996, 30 de noviembre de 1996, 12 de mayo de 1997, 11 de octubre de 1997, 28 de noviembre de 1997, 20 de febrero de 1998 y 25 de febrero de 1998, supusieron un cambio de orientación jurisprudencial respecto de las dos sentencias comentadas, reconociendo como abusiva la cláusula de sumisión expresa⁸¹. De tal reconocimiento, del que me he mostrado siempre defensor, se ha hecho eco el legislador a la hora de redactar la nueva

⁷⁸ En términos empleados por la citada STS de 31 de mayo de 1991 (Ar. 3955). Téngase en cuenta, no obstante, las distintas formas en que se pueden plantear las diferentes cuestiones de competencia territorial, sea a través del examen previo cuando se invoque por el actor la sumisión expresa como está establecido para el juicio de cognición en el art. 32 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, Procedimientos ante la Justicia municipal, o, en su caso, a través de la inhibitoria o declinatoria de los arts. 72 y ss. de la LEC.

⁷⁹ RGD 1992, pp. 7618 ss.

⁸⁰ RGD 1992, pp. 5806 ss.

⁸¹ El cambio de orientación jurisprudencial ha venido motivado no sólo por la Directiva comunitaria, sino también por la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, al enlazar directamente su Exposición de Motivos los pactos de prórroga de fuero y la protección de los consumidores, pues establece que "los datos disponibles vienen demostrando que una muy notable proporción de los asuntos civiles dirimidos en algunas ciudades procede de otros partidos judiciales, residenciándose allí en virtud de pactos de sumisión expresa que, sobre perjudicar generalmente al contratante más débil, distorsionan las cargas competenciales de algunos órganos jurisdiccionales en razón del único e inaceptable criterio de la comodidad de una de las partes", J.A. Torres Lana, "Prórroga del fuero y protección de los consumidores en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo". En el mismo sentido, J.D. Valls Lloret, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1996", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n^o 43, 1997, pág. 89.

LCGC, como así he puesto de manifiesto anteriormente, lo cual, en último término, no puede ser sino acogido favorablemente, no sólo por el carácter abusivo de la cláusula en cuestión sino, también, por la incertidumbre judicial que ocasionaba su inclusión, según se ha podido ver.

Siguiendo con la exposición de las lagunas que presentaba la LCU de 1984 en punto a especificar la nulidad de aquellas cláusulas de limitación indirecta de responsabilidad en perjuicio del consumidor, también resultaba criticable que no tuvieran un apartado propio en el elenco del art. 10 LCU las cláusulas penales excesivas o por retrasos mínimos (acaso, incluíbles en el antiguo nº 5 del art. 10/1.c en términos que posteriormente expondremos) o aquellas que alteraban la duración de los plazos, alargándolos para el proponente y acortándolos para el consumidor⁸², o que establecían plazos excesivos para incurrir en mora el predisponente o que acortaban los plazos legales de prescripción o establecían unos nuevos de caducidad de las acciones de exigencia de responsabilidad en tales términos que, o bien por sí sólo o, quizá, por la exigencia de ulteriores requisitos -de prueba o formales-, hacían excesivamente difícil el ejercicio de los derechos del consumidor⁸³ o, en fin, aquellas otras cláusulas en que la enumeración de los supuestos en que no se respondía dejaban, en realidad, la obligación al arbitrio del predisponente⁸⁴.

Sobre tales extremos, que en la actualidad aparecen, en parte, regulados en la Disposición Adicional Primera que la nueva LCGC vino a añadir a la LCU, la varias veces mencionada Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en el número 1 del Anexo, considera que son abusivas las cláusulas que tuvieran por objeto o por efecto “imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionalmente alta” -letra e)- o “autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad...” -letra f)- o, también, “autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves” -letra g)- y, en fin, “prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo” -letra h)-.

Ahora en la disposición adicional primera, I, 1ª, 2ª y 3ª de la LCGC, se consideran abusivas “las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se mani-

⁸² Cfr. E. Polo, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1990, pp. 111 y 112 y artículo 8 del Anteproyecto de LCGC, tercera redacción, donde se declaraba que “las cláusulas de condiciones generales no podrán reservar al predisponente un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado, atendida la naturaleza y circunstancias del contrato, para aceptar o rechazar una oferta contractual o para satisfacer la prestación debida”, lo que, ahora, según se dirá en el texto, aparece regulado en la disposición adicional primera, I, 1ª, de la LCGC, cuando considera abusivas “las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo”.

⁸³ Cfr. F. Jordano Fraga, *op. cit.*, pp. 422 y 423 y art. 20/1 del tercer Anteproyecto de Condiciones Generales, en el cual se advertía que “las cláusulas de condiciones generales no podrán establecer que las declaraciones o comunicaciones que deba efectuar el adherente en el marco del contrato hayan de sujetarse a requisitos de forma o envío más rigurosos que la forma escrita o el correo certificado, respectivamente”.

⁸⁴ Cfr. L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1993, vol. 1, p. 354.

fiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo”, estimándose en igual sentido, “la reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo”⁸⁵, tras lo que también se incluye entre las cláusulas abusivas “la vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones”.⁸⁶

En general, ha de concluirse que todas aquellas cláusulas, incluidas en condiciones generales, que, aún de modo indirecto, dificultan excesiva e injustificadamente el ejercicio de la exigencia de responsabilidad por el consumidor, imponiendo condiciones especialmente onerosas para éste, deben de ser consideradas abusivas, tal y como se preveía, expresamente, en los incisos 8º y 9º del antiguo art. 10/1.c. LCU.

Los mentados apartados, respectivamente, rechazaban la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario -dentro de cuyo espíritu debían incluirse aquellos pactos que limitaran los medios de prueba que pudiere utilizar el consumidor, según puntualiza S. Díaz Alabart⁸⁷, como, por ejemplo, aquellos que limitaran la prueba del pago a la presentación de recibos⁸⁸...- y la imposición al usuario de obtención

⁸⁵ El Grupo Parlamentario Catalán (CIU) en la enmienda nº 102 presentada al Proyecto de LCGC (BOCG, CONGRESO, serie A, nº 78-6, de 23 de octubre de 1997), a los efectos de modificar la cláusula 2ª del apartado I de la Disposición Adicional nueva incorporada a la LCU, propuso con éxito una nueva redacción de la misma a la que se añadió la expresión “...o si al consumidor no se le reconoce la misma facultad...”. La justificación argüida por CIU fue la de “incluir lo establecido para estos supuestos en el apartado f) del anexo de la directiva 93/13/CEE objeto de transposición, en el sentido de autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, al resultar evidente que el reconocimiento de esta facultad resolutoria anticipada elimina automáticamente el carácter abusivo de la cláusula

Asimismo, por considerar conveniente que se recoja expresamente la exclusión junto con los motivos graves del incumplimiento del contrato para que no quede ninguna duda de que la resolución de los contratos por el profesional en los casos de impago del precio es perfectamente posible. En este sentido, debemos tener en cuenta que la ausencia de pago por el cliente del precio del contrato rompe el equilibrio de las prestaciones entre las partes, y se encuadra, por tanto, entre los motivos graves que dan derecho a la resolución del mismo”.

⁸⁶ Esta cláusula fue objeto de dos enmiendas (núms. 103 y 141) presentadas por dos partidos diferentes, cuyas propuestas prosperaron (BOCG, CONGRESO, serie A, nº 78-6, de 23 de octubre de 1997). La enmienda nº 103 fue presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU), a través de cuya proposición se añadió a la cláusula 3ª del apartado I de la Disposición Adicional nueva la locución “aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones,...”. Por su parte, la enmienda nº 141, presentada por el Grupo Popular, modificó el texto de la citada cláusula dándole su redacción definitiva. Ambas enmiendas tuvieron su justificación en ajustar el concepto de “vinculación incondicional al consumidor” a lo establecido por la Directiva traspuesta (anexo 1, O), eliminando en cambio la referencia a las prórrogas o preavisos que ya están incluidos en el apartado primero de esta misma Disposición al tratar de las prórrogas automáticas de los contratos.

⁸⁷ Cfr. *Comentarios, cit.*, p. 300 y “Las cláusulas contractuales abusivas” en *Contratos de adhesión, cit.*, p. 65.

⁸⁸ Vid. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Estudios, cit.*, p. 213. En la sentencia de la AP de Las Palmas, Sección 2ª, de 5 de julio de 1993 (Aranzadi Civil, Ar. C., 1940/1993-II), en aplicación, entre otras normas, del referido apartado 8º, se desestima el recurso de la Entidad de Crédito sobre reclamación de cantidad precisamente porque no ha justificado el saldo deudor ni la concreción de los intereses aplicados, no admitiendo que la liquidación unilateral de la supuesta deuda, aun certificada por fedatario mercantil, resulte suficiente para acreditar la cuantificación de la misma, concluyendo que es la Entidad en cuestión la que ha de probar lo que insta a su cumplimiento al ser nulas las condiciones que impliquen la necesidad de inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

de un previo reconocimiento de su reclamación por parte de alguna Administración Pública o de los jueces o tribunales para conseguir el correspondiente cumplimiento por parte del productor o suministrador de sus obligaciones o prestaciones propias.

Al respecto, con gran claridad, en el número 1, letra q) del anexo de la supradicha Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se consideran abusivas las cláusulas que tuvieran por objeto o por efecto “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante”⁸⁹, considerándose en la Disposición adicional primera, IV, 19, de la LCGC abusivas “la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante”, así como “la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico” (*ibidem*, V, 26).

De la misma manera, si bien desde otra perspectiva, son abusivas las cláusulas introducidas en formularios de contratación en masa que, si bien no suponen una reducción de responsabilidad para el predisponente, sin embargo, aumentan injustificadamente la responsabilidad del adherente.

Con tal orientación resultaba nula, a tenor del antiguo inciso 7º del art. 10/1.e LCU, la frecuente cláusula que trata de repercutir sobre el consumidor los fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos no directamente imputables al usuario, de tal modo que no resultaba válida la exención de responsabilidad por parte del empresario o profesional -habitualmente, bancario- ante daños producidos por la falta de diligencia exigible y aún cuando haya existido previamente un fallo, defecto o error del consumidor y, en tal sentido, la STS de 23 de diciembre de 1954⁹⁰ había declarado nula la cláusula impuesta por el Banco Exterior de España por la que se exoneraba de toda responsabilidad “por la pérdida de efectos y documentos en camino...y cualquier negligencia de nuestros corresponsales...”, lo cual, en la actual LCGC, en la disposición adicional primera, V, 21, aparece, bajo la consideración de abusiva, señalándose como tal “la transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables”.

En concreto, ante cheques o tarjetas de crédito extraviados, no es válido y eficaz el pago -y no resulta aplicable el art. 1164 CC, como había precisado la STS de 16 de enero de 1928⁹¹- cuando no ha existido una comprobación diligente -por ejemplo, si la firma groseramente difiere de la autorizada- con independencia y al margen de la ausencia de prevención por escrito del usuario de la pérdida o sustracción y todo ello sin perjuicio de que la gravedad del descuido del consumidor puede producir, según veremos, la lógica minoración de la cuantía de la indemnización, de conformidad con la doctrina jurisprudencial de la compensación de culpas construida al amparo del artículo 1.103

⁸⁹ Las SSTs de 8 de noviembre de 1996 (Ar. 7954) y 30 de noviembre de 1996 (Ar. 8457) se sirven de la transcripción literal de la mencionada Directiva como fundamento.

⁹⁰ Ar. 3168.

⁹¹ Jurisprudencia Civil, Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo publicada por la dirección de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. 180, núm. 67, pp. 419 y ss.

CC, como concluye, con amplia información, la S. AP de Madrid, Sección 21^a, de 31 de marzo de 1993⁹².

Efectivamente, en el caso concreto de pago de un cheque falso, como se señala en la STS de 15 de julio de 1988⁹³, “las antiguas discusiones teóricas sobre quién ha de soportar las consecuencias de una falsificación han quedado, en cierto modo, dilucidadas, por la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, en su artículo 156 que...recoge la doctrina anterior dominante e impone al Banco el daño resultante de un cheque falsificado, siempre que no se demuestre la culpa del librador...”, siendo dicha imputación de responsabilidad al empresario de banca plenamente consecuente con el espíritu de la LCU, según ha advertido G. Batlle Sales⁹⁴, quien pone de relieve que el banco sólo podrá eximirse de la responsabilidad si prueba, no sólo su conducta diligente, sino la culpa del librador, produciéndose una auténtica inversión de la carga de la prueba.

Ahora bien, la actuación diligente del profesional, a quien, en la comprobación de las firmas, se le exige el esmero y celo de un comerciante experto que generalmente ejerce funciones de depósito y comisión, según reiterada jurisprudencia (STS de 30 de septiembre de 1985⁹⁵ y la ya mencionada de 15 de julio de 1988) y la ausencia de diligencia por parte del usuario -con arreglo al *stándar* del buen padre de familia- exonera de responsabilidad al primero en términos que posteriormente comprobaremos con mayor detalle al analizar la culpa exclusiva de la víctima.

Así, en la STS de 7 de junio de 1984⁹⁶ no se aprecia conducta negligente del empleado de un Banco que abonó el importe de un talón porque la falsificación del mismo era perfecta, lo que “hizo posible su paso como cierto, legítimo y con la firma exacta a la auténtica, circunstancias que evidentemente impiden reprochar al empleado una conducta culposa o incumplidora de los normales deberes de su función, incluso de

⁹² RGD 1993, pp. 6268 ss. *Vid.* en el sentido del texto, en general, sobre la disminución del derecho a la indemnización del consumidor ante la concurrencia de la culpa del dañado y defecto del producto, artículo 8 de la Directiva 85/734/CEE y artículo 9 del Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 20 de diciembre de 1993), al que sólo se presentó una enmienda, la número 33, por parte del Grupo de Coalición Canaria, que propone el texto “compensación de culpas” (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 22 de febrero de 1994) y, en la doctrina, A. Rojo, “La responsabilidad del fabricante en el Derecho español y en la Directiva 85/374/CEE”, en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, 1990, pp. 156 y 157; M^a. A. Parra Lucán, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, pp. 401 y 402 y R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios. cit.*, pp. 691 y 692; pero véase en contra de tal posible reducción, R. Jiménez de Parga, “Responsabilidad del empresario en la Ley de Defensa del Consumidor” en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, p. 652. Sobre las declaraciones jurisprudenciales que se inclinan por moderar equitativamente la cuantía de la indemnización en caso de concurrencia de culpas, SSTS de 27 de julio de 1992 (Ar. 6461); 12 y 24 de febrero de 1993 (Ar. 762 y 1251) y, específicamente en aplicación de la LCU, 29 de mayo de 1993 (Ar. 4052).

⁹³ Ar. 5717. *Vid.*, sobre el particular, últimamente A. Marina García-Tuñón, *La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado*, Valladolid, 1993, especialmente pp. 123 a 137, donde, frente a la conclusión que expusimos en la nota anterior, pone de relieve que en el supuesto singular de pago de cheque falso o falsificado, la concurrencia de culpas, si la intervención del librado y el librador tiene igual alcance, producirá una compensación de las conductas negligentes de las partes que trae como consecuencia la imputación del daño al librado, quien en su primaria y básica perspectiva viene obligado a su resarcimiento por el artículo 156 de la Ley Cambiaria, tras lo que concluye que sólo podrá alterarse el principio general instaurado en dicho precepto si el comportamiento más significado respecto del pago indebido recae sobre el librador de suerte que haya sido totalmente decisivo para alcanzar dicho resultado.

⁹⁴ *Cfr.* “Notas al art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque”, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, p. 78 y *Pago del cheque falso: responsabilidad del banco*, Madrid 1991, p. 18, quien pone de relieve que el banco sólo podrá eximirse de la responsabilidad si prueba, no sólo su conducta diligente, sino la culpa del librador.

⁹⁵ Ar. 4565.

⁹⁶ Ar. 3217.

los más exigentes, relativos a la comprobación del documento y a la identidad del tenedor del cheque, de tal manera aparentemente legítimos y ciertos que hubiera precisado de técnicas especiales, no exigidas por el uso comercial en el ámbito del contrato en cuestión” y, en consecuencia, se absuelve al Banco depositario de la reclamación de cantidad interpuesta por el depositante de un contrato de cuenta corriente ante el abono por un empleado de la entidad del importe de un talón contra la cuenta del actor a quien le habían substraído el talonario.

Con todo, aunque en el supuesto fáctico últimamente reseñado no se hace alusión a tal extremo, para que ello suceda, para que el banco pueda eximirse de responsabilidad, es necesario que, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, pruebe que la conducta del consumidor -librador en el supuesto del cheque extraviado- es culposa pues si éste actúa sin culpa y aún cuando el Banco haya empleado la diligencia debida requerida por su condición de empresario, el daño será imputable al profesional bancario en virtud de la doctrina del riesgo profesional y, en conclusión, no puede imputar al consumidor las consecuencias del pago, según se ha decidido en el caso enjuiciado en la varias veces mencionada STS de 15 de julio de 1988⁹⁷, en donde se pone de relieve la gran dificultad que, en determinadas ocasiones, supone discriminar la existencia de culpa en el desarrollo de la actividad bancaria, pues dos de los Magistrados formulan un voto particular discrepando al respecto de la conducta de la entidad bancaria y del consumidor, calificando la actitud de la primera de diligente y, por contra, de negligente la del usuario.

En efecto, no siempre resulta tan evidente la ausencia de diligencia del empleado de la entidad bancaria como en el supuesto enjuiciado en la S. AP Madrid, Sección 19ª, de 6 de noviembre de 1992⁹⁸, en donde se considera responsable al banco demandado en un supuesto de disposición de efectivo por quien no es titular de una libreta de ahorro que se había extraviado y se rechaza la alegación del banco de conducta negligente del titular de la cartilla por no haberla custodiado debidamente pues, en el caso, el empleado “no sólo no comprobó la identidad de la firma...sino que no adoptó la elemental precaución de exigir la exhibición del D.N.I....”.

Asimismo, con parecida orientación, en la S. AP Madrid, Sección 19ª, de 4 de febrero de 1993⁹⁹ se concluye que el Banco debe de soportar las consecuencias que se deriven de la indebida utilización de la tarjeta de crédito al no haber probado que existiera algún tipo de negligencia por parte del titular de la tarjeta en la custodia del número o clave secreta quedando, por el contrario, plenamente acreditado que el Banco incumplió sus obligaciones al no tomar precauciones para asegurarse de la recepción de la tarjeta de crédito renovada por parte de su titular, lo que no pudo probar frente a la negativa de recepción de éste al que se había remitido por correo ordinario el ejemplar de la tarjeta que habría de sustituir a la ya caducada que llegó a poder de un tercero no autorizado.

En cualquier caso, sobre este aspecto tan frecuente, la imputación de responsabilidad dentro de los contratos de crédito y de cuenta corriente, en los supuestos de pago indebido por cheques extraviados o substraídos, y como corolario de cuánto antecedenentemente hemos adelantado, puede deducirse que, a tenor de lo dispuesto en la LCU en los incisos 6º y 7º del antiguo art. 10/1.c y en la actual LCGC, en la disposición adicio-

⁹⁷ Esta sentencia aparece referenciada como fundamento de derecho en la S. AP de Granada de 14 de diciembre de 1994 (Ar. 2262), en la que se declara nula por contravención del artículo 10.1.c).6º una cláusula en la que una entidad bancaria se exoneraba frente al depositario/consumidor de la responsabilidad dimanante del contrato de depósito bancario.

⁹⁸ RGD 1993, pp. 3740 ss.

⁹⁹ RGD 1993, pp. 6263 ss.

nal primera, V, 21, y en la propia Ley Cambiaria y del Cheque, en su art. 156, no resulta válida la exoneración de responsabilidad por la entidad de crédito en aquellos supuestos en que no ha actuado con la diligencia debida que requiere su condición de empresario de modo tal que es nulo el pacto que pretende repercutir sobre el usuario del servicio bancario en exclusiva las consecuencias derivadas de la ausencia de diligencia debida por éste en la guarda del talonario de cheques, que, en ningún caso, puede configurarse como exoneración de responsabilidad para la entidad de crédito, ni siquiera bajo el pretexto de su obligación de custodia¹⁰⁰.

Para finalizar el análisis de la disposición contenida en la redacción anterior del artículo 10/1/7^a LCU de 1984 en términos recogidos en parte en la disposición adicional primera, V, 21, de la LCGC, expondremos cuatro decisiones judiciales de Audiencias Provinciales, dos de ellas de la Audiencia de Madrid, otra de Oviedo y la última de Córdoba, en las que se aplica o se pretende la aplicación del mentado precepto.

En la primera de estas decisiones, la AP de Madrid, Sección 11^a, de 9 de octubre de 1990¹⁰¹ considera nula la cláusula contractual contenida en un contrato de cuenta de crédito en la que se presume en favor de la entidad de crédito y en contra del titular de la cuenta que los saldos mensuales no impugnados por escrito en el mes siguiente a su liquidación son correctos y harán fe en juicio, salvo prueba en contrario, aún cuando el titular alegara que no hubiera recibido el extracto correspondiente.

En dicho caso, la AP de Madrid fundamenta la nulidad tanto en la disposición contenida en el anteriormente aludido inciso 8^o del art. 10/1.c, al obligar “al cliente a probar la inexistencia de la deuda excusando al banco de su *onus probandi* ordinario, siendo indiferente que a ese resultado se llegue por una vía indirecta”¹⁰², como en la violación por el Banco del derecho a la información del usuario que consagra el art. 13/1 LCU, cuánto, por lo que ahora nos interesa, en el inciso 7^o del repetido art. 10/1.c, puesto que la entidad bancaria no ha probado suficientemente la utilización por el usuario de la tarjeta de crédito de la que se deriva el saldo deudor que reclama y no ha aportado los documentos acreditativos de las operaciones sin que, de conformidad con el mencionado inciso 7^o, sea posible aludir o ampararse en “la dificultad de aportar los comprobantes (dificultad difícilmente creíble, y que pretende disimular una negligencia probatoria que evidencia el hecho de que incluso los extractos que se aportan sean simples fotocopias)”.

La segunda sentencia de la AP de Madrid, Sección 11^a, de 14 de abril de 1992¹⁰³, fue expuesta con anterioridad y se refiere a la obligación de vigilancia del vehículo depositado en un aparcamiento por parte de la empresa que lo explota sin que, en modo alguno, puedan ser imputables al usuario los fallos derivados de la organización de tal

¹⁰⁰ *Vid.*, al respecto J. Azorín Roncero, “La Ley General de Protección de los Derechos de Usuarios y Consumidores”, RGD, núms. 490 y 491, 1985; U. Nieto Carol, “Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios”, AC 1993, p. 38; y A. Marina García-Tuñón, *op. cit.*, pp. 123 a 130, quien considera nula de pleno derecho toda cláusula dirigida, no a delimitar un específico contenido negocial, sino a excluir la responsabilidad del banco en caso de pago de cheque falso o falsificado.

¹⁰¹ RGD 1991, pp. 3210 ss.

¹⁰² Este mismo fundamento de nulidad es utilizado por la S. AP de León de 7 de diciembre de 1994 (Ar. 2164) al declarar que en “caso de reclamarse la deuda a través del ejercicio de la acción cambiaria se produce una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y prohibida en el núm. 8 del citado artículo 10 núm. 1. c) LCU”.

¹⁰³ AC 546/1992, manifestándose en igual sentido, ante similar supuesto fáctico de falta de cumplimiento por el titular del aparcamiento de su obligación de custodia organizativa, y en aplicación de la misma normativa de la LCU, la S. AP Cádiz, Sección 2^a, de 29 de mayo de 1992 (AR. C. 829/1992).

vigilancia de conformidad con lo preceptuado al respecto en el inciso objeto de nuestro atención en este momento.

En la tercera de las sentencias precedentemente anunciadas, de 27 de junio de 1992, la AP de Oviedo, Sección 1^a¹⁰⁴, aplica el inciso 7^a del art. 10/1.c de modo especialmente favorable para el consumidor, manteniendo un criterio que, con facilidad, puede ser fuente de posibles fraudes por parte del usuario de los servicios bancarios, pues -revocando la decisión del juez *a quo*, que había impuesto la carga de la prueba al consumidor al amparo del art. 1214 CC-, ante el atasco o irregularidad en el funcionamiento del “cajero automático” de la entidad bancaria demandada, que impidió al usuario realizar la operación de ingreso de una determinada cantidad, y habiendo surgido dudas sobre las causas de la avería y sobre el contenido y el paradero final del sobre que el actor introdujo en el aludido cajero, considera que no es lícito “imputar al usuario del servicio las consecuencias desfavorables del defectuoso funcionamiento de dicho mecanismo, sin prueba alguna de su actuación dolosa o de mala fe -que en ningún caso cabría presumir-” y, en consecuencia, concluye que “acreditada la avería y no habiéndose probado la culpa o la mala fe del actor, los riesgos y consecuencias de la misma son de cargo de la entidad demandada”.

Ahora bien, en la última de las decisiones a las que hemos hecho alusión, la AP de Córdoba, Sección 1^a, en la S. de 19 de mayo de 1992¹⁰⁵, rechaza la aplicación del referido inciso 7^o del art. 10/1.c LCU que había invocado la parte demandada -que, además, no era consumidor al no ser la destinataria final del producto- frente a la reclamación de cantidad por parte de una compañía eléctrica que, por un error en la facturación, cobró menos de lo que realmente correspondía en función del consumo de energía efectivamente detectado, señalándose que dicho inciso no resulta de aplicación a los supuestos en que, como es el caso, “se está ejercitando una acción derivada de enriquecimiento sin causa que obviamente debe prosperar...” puesto que sólo establece que “las cláusulas que determinen la irrepercutibilidad del error son contrarias a la buena fe...”, todo lo cual conviene tener presente a la hora de plantear oportunamente las pretensiones antes los órganos jurisdiccionales para evitar que, al amparo de la dicción de la normativa prevista en la LCU, se violente groseramente la verdadera *ratio* de dicho marco legal.

Por otra parte, con la misma orientación que se mantenía en el artículo 10/1.c/7 LCU, carecen de validez, de conformidad con lo que parecía disponer el críptico inciso 5^o del artículo 10/1.c, las condiciones generales que impongan al consumidor indemnizaciones o penalizaciones que no encuentren su debida justificación correlativa en ventajas adicionales para el adherente¹⁰⁶, sobre todo cuando no haya quedado patente, “con la debida claridad y separación”, que se trata de prestaciones adicionales a la principal que, en consecuencia, pueden ser rechazadas o aceptadas en cada caso con independencia de ésta, de la prestación principal.

De acuerdo con la finalidad que inspiraba este último apartado 5^o del artículo 10/1.c, y con independencia de su defectuosa redacción¹⁰⁷, debe de considerarse también abusiva, como expresamente se señalaba en el párrafo 2^o del artículo 21 del

104 RGD, marzo 1993, n. 582, pp. 2365 a 2366.

105 RGD 1992, pp. 10829 ss.

106 La STS de 28 de marzo de 1956 (Ar. 1539) declaró nula la cláusula prevista en caso de incendio por la cual la Compañía aseguradora resultaba liberada de responsabilidad si el asegurado, para justificar o valorar los objetos siniestrados exagerase la cuantía de los daños.

107 *Vid.* sobre la dificultad de ubicación de la cláusula penal en los supuestos del art. 10 LCU, y allí información, J. Dávila González, *La obligación con cláusula penal*, Madrid 1992, pp. 483 a 491. En general, sobre el tema, recientemente, con otras referencias, J. M. Rodríguez Tapia, “Sobre la cláusula penal en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil* 1993, pp. 511 ss.

Anteproyecto de condiciones generales, la cláusula que impida al adherente probar que, a pesar de su falta de cumplimiento, no se ha producido daño indemnizable o que, habiéndose producido tal daño como consecuencia de su incumplimiento, la cuantía del mismo es sustancialmente inferior a la cantidad globalmente establecida como indemnización, lo que, igualmente, se considera abusivo en el Anexo de la Directiva 93/13/CEE, en la letra e) del número 1, cuando incluye aquellas cláusulas que tengan por objeto o por efecto “imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta” con una fórmula similar a la consagrada en el parágrafo 343 BGB (“*unverhältnismässig hoch*”) o, como se advertía en el artículo 21 del tercer Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales, que establezcan “una cantidad que exceda sustancialmente de los daños y perjuicios que previsiblemente puedan ocasionarse”.

Asimismo, el párrafo 1º del art. 21 de la propuesta de anteproyecto de ley de condiciones generales declaraba que “las condiciones generales no podrán imponer al contratante sometido a las mismas al pago de una indemnización no razonable en caso de incumplimiento, total o parcial, de resolución o de renuncia del contrato”, lo que permite entender que la prohibición se refiere tanto a las penas de montante demasiado elevado en relación al daño causado o, lo que será frecuente, que no guardan relación con la levedad del incumplimiento del consumidor cuánto, también, a las que resulten ser demasiado bajas tal y como A. Pinto Monteiro¹⁰⁸ ha defendido en Portugal en relación al art. 19.c) del Decreto Ley 446/85, de 25 de octubre, sobre “cláusulas contractuales generales”¹⁰⁹, que incluye entre las cláusulas relativamente prohibidas aquellas que “*consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir*”, pero, en cualquier caso, sin que quepa ninguna duda de que ha de considerarse vejatoria y abusiva toda cláusula penal que no sea sustitutiva de los daños y perjuicios causados, lo que, sin embargo, no puede ser mantenido, por ejemplo, en el derecho portugués¹¹⁰, siendo, en la actualidad, contemplado, en la varias veces citada disposición adicional primera, IV, 24, que considera abusivos “los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”.

En fin, el acierto -y la necesidad- de incluir en el elenco de cláusulas abusivas la pena no sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios realmente producidos puede evidenciarse con relativa facilidad ante la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en las resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991¹¹¹, donde, en un contrato de compraventa a plazos en la que la falta de pago de los dos últimos plazos o del último de ellos tiene el carácter de condición resolutoria explícita, se sostiene que los medios de que dispone el Registrador (art. 18 de la Ley hipotecaria) impiden a éste apreciar si tiene carácter abusivo conforme a la LCU una cláusula en cuya virtud, en el caso de resolución, el vendedor podrá detraer, a efectos de la consignación del art. 175 del Reglamento hipotecario, una determinada cantidad por cada mes o fracción en concepto de renta por el uso de la cosa y, además, en concepto de cláusula penal, la mitad de las cantidades satisfechas, con el límite en ambos

¹⁰⁸ *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1990, p. 598.

¹⁰⁹ *Diário da República-I Série*, N.º. 246.

¹¹⁰ *Vid.* A. Pinto Monteiro, *op. ult. cit.*, pp. 592 a 601, donde demuestra que en el Decreto Ley 446/85 se distingue entre la cláusula penal, cuya función esencial será coercitiva, y la cláusula meramente indemnizatoria pues frente a la regulación de la primera en el art. 19/c., el art. 22/c incluye entre las cláusulas relativamente prohibidas aquellas que “*limiten a responsabilidade de quem as predisponha, por vício da prestação, a reparações ou a indemnizações pecuniárias predeterminadas*”

¹¹¹ Ar. 7494, 7495, 7496, 7497 y 7498.

casos del 20 por 100 del precio total de la finca vendida por cada año transcurrido, todo ello aparte de quedar en beneficio del vendedor, sin derecho a indemnización, cuantas obras e instalaciones se hubiesen realizado en la finca.

Pues bien, en tal caso en que, además de la apropiación de las mejoras realizadas en la finca, se ha introducido una cláusula que, como señaló el Registrador en su informe, es “estrictamente penal, que va más allá de la indemnización del daño”, la Dirección General de los Registros y del Notariado considera que el Registrador carece de medios para apreciar su carácter abusivo, lo que, al parecer, aunque no se dice expresamente, se reserva a la apreciación de los Jueces y Tribunales, según alegó el Notario en el recurso gubernativo, con cita de las Resoluciones de 16 de febrero y 16 de marzo de 1990¹¹², de todo lo cual puede, en fin, colegirse la necesidad de su constatación en la Ley para clarificar su régimen jurídico¹¹³ en concordancia con la reiterada doctrina jurisprudencial que ordena que, además de la necesidad de constar en pacto expreso, las cláusulas penales han de interpretarse restrictivamente¹¹⁴.

V. PACTOS DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD PERMITIDOS

En el art. 25 LCU se determina que la prueba de la culpa exclusiva -extensible también a la culpa concurrente de forma determinante¹¹⁵- del consumidor o de la personas de las que deba responder civilmente liberará de responsabilidad a cualquiera de los miembros de la cadena de producción y distribución, sobre quienes, desde luego, debe recaer la carga de la prueba, resultando suficiente que el consumidor demuestre los daños y perjuicios, el defecto del producto y la relación de causalidad entre aquéllos y éste, tal y como expresamente se advierte en la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios en su artículo 5 así como también se preveía en el mismo artículo 5 del Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos.

Es decir, como se destaca en la S. AP de Cádiz, Sección 1ª, de 7 de mayo de 1992¹¹⁶, teniendo en cuenta que la prueba por el consumidor de que por su parte no hubo culpa raya en lo diabólico, resulta correcto que la LCU, informada por el principio pro-consumidor como principio general del ordenamiento jurídico (art. 11 LCU), recogido expresamente en la Constitución (art. 51), materialice “una presunción *iuris tantum* de autoría del fabricante, precisándose para quedar exonerado de la prueba en contrario: a) sobre la culpa exclusiva del consumidor...y b) sobre el cumplimiento de las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exija la naturaleza del producto”.

¹¹² Ar. 730 y 2301.

¹¹³ *Vid.* amplias referencias a la jurisprudencia hipotecaria en relación con el art. 10 LCU en L.Mª. Cabello de los Cobos y Mancha, *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, Madrid, 1993, pp. 127 a 161 y “Circunstancias generales de la protección del consumidor en materia de vivienda”, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, tomo I, Madrid, 1993, pp. 122 a 138 así como en K.J. Albiez Dohrmann, “El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993, pp. 1454 a 1478.

¹¹⁴ STS de 14 de febrero de 1992 (Ar. 1270) y allí referencias. *Vid.* también amplia información en igual sentido en S. AP de Barcelona, Sección 15ª, de 29 de enero de 1992 (Ar. C. 365/1992), donde precisamente, en aplicación de la LCU, se considera abusiva la cláusula penal controvertida.

¹¹⁵ *Cfr.* S. Díaz Alabart, *Comentarios*, cit., p. 294.

¹¹⁶ RGD 1992, pp. 12291 ss.

Incluso, no hay inconveniente en que el nexo causal y el defecto del bien o servicio se demuestre a través de la prueba de presunciones tal y como sucedió en el supuesto enjuiciado en la S. AP de Zaragoza de 13 de diciembre de 1991 en un caso en que se condena al fabricante de una botella de cava que explotó en el carrito del supermercado en donde la había depositado el demandante en el momento en que ésta la iba a entregar a la cajera, deduciéndose que la explosión fue debida a un defecto de la botella o del embotellado del cava, y que, en consecuencia, es responsabilidad de la fabricante, del hecho de que ésta no haya podido demostrar alguna otra explicación que resultase lógica, pues no se considera convincente que la causa de la explosión lo fuera una defectuosa manipulación de la botella por la parte actora o a un defectuoso embalaje porque, en tales eventos, lo normal es que la botella explotara al ser golpeada o desembalada.

Parecido presupuesto fáctico, en este caso estallido de una botella de gaseosa al servirse por sí mismo el cliente en un hipermercado, acaeció en el supuesto enjuiciado por la S. de la AP de Huelva de 20 de julio de 1990¹¹⁷, que condena solidariamente al fabricante, distribuidor y vendedor en aplicación de los arts. 25 y 27/2 LCU precisamente porque tales demandados no han llevado a cabo la prueba que a ellos incumbía - "ni siquiera han intentado levantar esta carga probatoria"- de su propia diligencia y de la negligencia del consumidor en la manipulación de la botella, especificándose que, desde luego, no era éste último quien debía probar la culpa o negligencia de los demandados, lo que, por el contrario, no sucedería de ser aplicable el art. 1902 CC como ha sido resaltado en la S. AP Valencia, Sección 7^a, de 10 de julio de 1992¹¹⁸ que, en el mismo caso de lesiones producidas por explotar una botella de gaseosa y ante la imposibilidad de aplicar la LCU pues el demandante es almacenista y expendedor a terceros, no otorga la indemnización al no haberse probado la culpa del fabricante, presupuesto éste, la culpa, sobre el que se continúa asentando nuestro sistema de responsabilidad extracontractual y del que no es posible prescindir con carácter general¹¹⁹, a pesar de la reiterada jurisprudencia que, en el campo aquiliano, se inclina hacia la adopción de una responsabilidad objetiva o por riesgo¹²⁰.

En igual sentido que la Audiencia de Huelva, y ante similar supuesto de hecho, se produjeron también las SS. AP de Valencia, Sección 7^a, de 23 de octubre de 1989¹²¹ y de Bilbao, Sección 3^a, de 15 de enero de 1990¹²², en las que la condena al pago de las indemnizaciones a la víctima ante la rotura, en ambos casos, de una botella de gaseosa se fundamentó en la aplicación de los arts. 25 ss. LCU, lo que, igualmente, sucedió en la S. de la AP de Barcelona, Sección 16^a, de 4 de febrero de 1992¹²³, en la que se pone de relieve que "el verdadero problema del presente litigio, como tantas veces ocurre en la problemática del producto defectuoso, estriba en la prueba de lo concretamente sucedido", y en la que se concluye la responsabilidad solidaria del fabricante y vendedor

¹¹⁷ RGD 1991, pp. 11515 ss.

¹¹⁸ RGD 1992, pp. 10640 ss.

¹¹⁹ En tal sentido, SSTS de 31 de enero de 1989 (Ar. 182); 20 de febrero de 1992 (Ar. 1326) y 12 de febrero de 1993 (Ar. 762).

¹²⁰ Así, entre las últimas, para accidentes laborales, SSTS de 20 y 25 de febrero de 1992 (Ar. 1325 y 1554); en punto a accidentes de ferrocarril, STS de 24 de enero de 1992 (Ar. 207) y 24 de febrero de 1993 (Ar. 1251), aunque en ésta última no se considera necesario acudir a tal tendencia...

¹²¹ La Ley 1990-1, 723.

¹²² *Vid.* exposición y comentario de dichas decisiones realizado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano en *Poder Judicial*, n. 20, diciembre 1990, "Dos casos judiciales de responsabilidad derivada de daños causados por productos defectuosos", pp. 69 a 73.

¹²³ RGD 1992, pp. 7423 ss.

ante la explosión de un recambio de sifón doméstico que causó graves heridas porque cualquiera de las alternativas del informe pericial, sobrepresión de gas o fatiga del material, implican producto defectuoso mientras que “por contra, no hay base suficiente para pensar en la incidencia de una conducta negligente del propio perjudicado que interfiriese en la producción del evento...”.

Con análoga orientación, en la S. AP de Santander, Sección 2ª, de 3 de abril de 1990¹²⁴, se condena al vendedor (al desconocerse el fabricante -pese a ser requerido aquél en acto de conciliación para identificar a éste-) de una cafetera, cuya asa se desprendió la primera vez que el usuario la utilizaba derramándose el café caliente que causó lesiones al hijo menor del actor y se considera que la causa eficiente de los daños es un defecto de fabricación de la cafetera, no fruto de manipulaciones posteriores “siendo de destacar que, por la propia dinámica de los hechos, resulta imposible exigir otras pruebas...que no sean el testimonio de las personas que los presenciaron, como es normal que así sea cuando se trata de un suceso ocurrido en un domicilio particular”.

Asimismo, en la S. AP Huelva de 15 de abril de 1988¹²⁵, en aplicación del art. 25 LCU, se estima la demanda que pretendía la correspondiente indemnización ante la intoxicación padecida por el actor y sus familiares, porque el propio demandado, que ejercía una actividad lucrativa susceptible de generar riesgos para los consumidores, reconoce que la causa del daño radica en la ingestión de los aperitivos elaborados con huevo que les había servido y no probó que los huevos ya estaban en mal estado cuando los adquirió y que, por tanto, la intoxicación no pudo deberse a falta de atención en el momento de comprarlos o a una mala conservación o antihigiénica manipulación de aquellos una vez adquiridos.

También, ante un presupuesto fáctico que, con relativa frecuencia, se reitera en la práctica forense, en la S. AP Lugo de 14 de octubre de 1991¹²⁶, se considera acreditada la relación de causalidad entre el daño causado en el vehículo entregado para ser reparado y una acción u omisión del taller de reparación de automóviles, puesto que el deterioro de determinadas piezas del vehículo se origina indefectiblemente por la falta de reglaje de los tiempos del motor, que es una operación absolutamente necesaria y relacionada o inseparable de la función de la correa de distribución, para cuya colocación fue llevado el coche al taller y se resalta que, ante tal supuesto, “es el demandado quien ha de cargar con el peso de la prueba tendente a su exculpación o a la declaración de su irresponsabilidad”.

Igualmente, ante similar supuesto, en la S. AP Oviedo, Sección 4ª, de 19 de octubre de 1992¹²⁷ se presume que la causa del accidente de circulación acaecido al día siguiente en que el vehículo salió del taller de reparación fue, precisamente, la defectuosa revisión realizada por la demandada, puesto que se demostró que el siniestro se produjo por “haberse soltado la rótula de la suspensión anterior izquierda, por hallarse floja o deteriorada la tuerca correspondiente” y, asimismo, que para la comprobación de la causa por virtud de la cual el vehículo se llevó a revisión -la existencia de unos ruidos extraños- resultaba, justamente, “preciso desmontar y montar la transmisión de la rueda delantera izquierda”.

124 RGD 1991, pp. 11598 ss.

125 La Ley, 1988-3, 701.

126 RGD 1992, pp. 4730 ss.

127 Aranzadi Civil n.º. 4, ref. AP 1440.

De la misma manera, la normativa derivada de la LCU se aplicó en la S. AP Albacete de 18 de abril de 1990¹²⁸ para satisfacer la pretensión del comprador de un vehículo que, con escasos kilómetros rodados y dentro del período de garantía, se incendió causando daños que lo hacen inservible, iniciándose el fuego en el compartimento del motor “sin que se deduzca la existencia de una causa externa desencadenante del daño del vehículo ni que, de otra parte, se haya demostrado la exacta causa determinante del referido evento” ni que el dueño del coche hubiese incumplido los controles reglamentarios exigidos, por lo cual se presume el nexo causal entre el daño y el defecto del vehículo en tanto que “si bien no se ha demostrado el evento desencadenante del incendio, tampoco se ha descartado que el incendio se generase por un fallo de tipo mecánico, lo que constituye una presunción de probabilidad de fallo mecánico que las entidades demandadas -vendedor y fabricante- han debido desvirtuar...”.

En cambio, lo que, por contra, no se compadece fácilmente con los datos legales, en concreto con los vigentes arts. 1214 y 1253 CC, es la decisión mantenida en las SSTS de 25 de marzo de 1991¹²⁹, ante daños ocasionados por la explosión de un cohete, y 23 de mayo de 1991¹³⁰, en un caso en que un automóvil se incendia y arde en la carretera, pues, precisamente, en ambos supuestos, como de manera velada viene a reconocer el propio Tribunal Supremo, la causa generadora del daño puede ser muy variada y, si bien es aceptable presumir la existencia de un defecto del producto que causa un daño si no existe ninguna otra explicación razonable que justifique el hecho producido, sin embargo, si las causas de éste pueden ser muy diversas, no es cierto que el fabricante deba probar que el daño se produjo por causa ajena a él puesto que en nuestro Ordenamiento Jurídico no existe ninguna presunción legal de la existencia del nexo causal a favor del consumidor.

En cuanto a la mencionada culpa exclusiva de la víctima, ésta habitualmente consistirá en el incorrecto uso y consumo de bienes y servicios, de cuyos daños el art. 28/1 LCU *a sensu contrario* excluye de responsabilidad al suministrador y productor, lo que, a su vez, debe ser puesto en relación con lo preceptuado en los arts. 3/2 y 13.f LCU, que obligan a poner en conocimiento del consumidor de modo veraz, eficaz y suficiente las instrucciones o indicaciones para el correcto uso o consumo de los bienes o servicios así como advertirle de los riesgos previsibles en función de la propia naturaleza del bien y de las personas a las que van a ser destinados, teniendo en este punto especial relevancia la Directiva 87/357/CEE, sobre productos de apariencia engañosa que ponen en peligro la salud o la seguridad de los consumidores, cuya fabricación y comercialización ha sido prohibida por el Real Decreto 820/1990, de 22 de junio.

Pues bien, de la interpretación combinada de los preceptos de la LCU anteriormente expuestos puede deducirse que, se pacte o no, es válida la limitación o exoneración de responsabilidad ante daños causados por culpa exclusiva de la víctima, a pesar del uso o consumo correcto del producto (así, un diabético que ingiere productos contraindicados a su padecimiento) pero también que el fabricante habrá de responder de los daños, aún ocasionados por un uso incorrecto del consumidor si éste no ha sido advertido de los riesgos del producto.

¹²⁸ Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal, 1990, n. 359, pp. 337 ss.

¹²⁹ Ar. 2443.

¹³⁰ Ar. 3784, comentada por R. Bercovitz Rodríguez-Cano en Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil 1991, n. 26, pp. 603 ss., donde destaca que el “Tribunal Supremo confunde el tema de culpa con el tema de nexo causal. No parece correcto, en ausencia de presunción legal, que el fabricante deba probar que el incendio del coche se produjo por causa ajena a él”.

Así las cosas, y al margen de los casos de culpa exclusiva de la víctima, adquieren especial transcendencia las instrucciones de uso o consumo del producto y, así, en la STS de 3 de octubre de 1991¹³¹ se condena a la entidad productora de un insecticida a indemnizar al actor ante los daños ocasionados por dicho producto en su cosecha de limoneros puesto que en la etiqueta adherida a los envases del insecticida figuraba anunciado éste como eficaz para erradicar la plaga que sufría la cosecha cuando en realidad carecía de esa anunciada eficacia y, además, su aplicación ocasionó la pérdida de la cosecha e, igualmente, si bien en aplicación de los usos a que se refiere el art. 1258 CC, en la STS de 23 de marzo de 1988¹³² se condena a la empresa titular de la explotación de una estación de esquí a responder de los accidentes debidos a la falta de información sobre el estado peligroso de las pistas.

De nuevo, ante la prueba por el consumidor, en los términos anteriormente anunciados, del daño, el defecto del producto y la relación de causalidad, le corresponde al empresario demostrar no sólo el estado normal del producto y el uso incorrecto del mismo sino, también, al menos en general, “la adecuada información al consumidor sobre el peligro del producto y formas de evitarlos” como concluye la S. AP Bilbao, Sección 4ª, de 27 de enero de 1993¹³³ en la que se condena a la Compañía productora y a la distribuidora de una bombona de gas butano que, al intentar ser cambiada por el consumidor, explotó y en la cual se destaca que a las empresas demandadas, para exonerarse de responsabilidad, les incumbía demostrar el uso incorrecto de la bombona por el consumidor así como que en ella incorporan, en términos patentes y claros, la debida información sobre dicho uso “ni que la mencionada información alerte sobre operaciones o manipulaciones del producto que entrañen uso incorrecto o riesgo del consumidor”, lo que, al no considerarse probado en el curso del procedimiento, conlleva la condena solidaria de los demandados.

El referido deber de información de los caracteres y, también, de los posibles riesgos generados por el uso o consumo del producto tan sólo puede excepcionarse en aquellos casos en que se aprecie que tales riesgos son generalmente conocidos o de fácil reconocibilidad y, así, en la actualidad, no parece que pueda prosperar la reclamación de daños y perjuicios a la salud irrogados por beber alcohol o por fumar en exceso y, aún, para tales casos, se exige la correcta información.

Efectivamente, sobre este último extremo, la Directiva 89/622/CEE, de 13 de noviembre¹³⁴, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de etiquetado de los productos del tabaco señala, en su art. 4º/apdo. 1, que “todas las unidades de envasado de los productos del tabaco deberán llevar en su cara más visible...la advertencia general: “Perjudica seriamente la salud” y, a continuación, en su apdo. 2, añade que “en las cajetillas de cigarrillos, la otra cara mayor del envase llevará...advertencias específicas...” alternando entre la lista de advertencias establecida por cada Estado partiendo exclusivamente de las que se recogen en el Anexo de la Directiva y las advertencias específicas que se tomen en consideración, señalándose en el Anexo que obligatoriamente deberán figurar en las listas nacionales las advertencias “Fumar provoca cáncer” y “Fumar provoca enfermedades cardiovasculares”, incluyéndose después otras entre las que podrán elegir los Estados miembros.

131 Ar. 6902.

132 Ar. 2226.

133 AC 576/1993.

134 DOCE N°. L 359, de 8 de diciembre de 1989.

No obstante ello, es lo cierto que, como hemos adelantado, la ausencia de diligencia de la víctima no queda enervada, en principio, por la falta de información de los riesgos del producto si éstos son de general conocimiento y, así, la S. de la AP de Valencia, Sección 7ª, de 31 de julio de 1991¹³⁵, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades administrativas, considera que no cabe imputar responsabilidad a la empresa fabricante o vendedora por la falta de advertencia en el etiquetado del producto pirotécnico de los posibles peligros o precauciones en su manejo “dado el conocimiento que en cualquier persona cabe presumir acerca del particular riesgo que el material pirotécnico encierra, con las consiguientes cautelas que en su utilización se imponen, siguiendo una conducta diligente que se ha de acentuar tratándose de elementos de unas tales peculiaridades”, de lo cual se estima que se revela consciente la víctima, que, además, en el momento de adquirir el material al comerciante, no realizó ninguna petición de información sobre instrucciones de manejo.

En cualquier caso, y al margen de estos elementos de riesgo, en que, según declaró la STS de 21 de julio de 1989¹³⁶, a cuyo parecer se adhiere la S. de la AP de Valencia últimamente citada, no es suficiente la adopción de una diligencia media, sino que es preciso agotar la adecuada a los deberes de cuidado propios de la disposición y manejo del mecanismo peligroso, la diligencia en cuestión, como regla general, para determinar la culpa exclusiva de la víctima, ha de ser examinada en relación no al consumidor medio o buen padre de familia sino con referencia al sujeto típico al que potencialmente puede ir destinado el producto (consumidor-tipo) con especial atención, en su caso, a los denominados “consumidores de *ghetto*”¹³⁷ o “subconsumidores” (niños, ancianos, personas carentes de medios económicos o de cultura...) ¹³⁸.

En relación a este último aspecto, tienen particular relevancia las Directivas 88/378/CEE, de 3 de mayo¹³⁹, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la seguridad de los juguetes y 88/379/CEE, de 7 de junio¹⁴⁰, sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos así como la Directiva de la Comisión 90/35, de 19 de diciembre de 1989¹⁴¹,

¹³⁵ RGD 1991, pp. 9440 ss.

¹³⁶ Ar. 5772.

¹³⁷ Vid. A. Pinto Monteiro, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa 1986, p. 766, con cita de G. Alpa.

¹³⁸ Cfr. S. Cavanillas Múgica, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, pp. 173 a 175 y “La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, *Estudios sobre consumo*, núm. 18, pp. 43 a 48.

¹³⁹ DO, n.º. L 187/1, de 16 de julio de 1988, en la cual, en su Quinto Considerando, se resalta que, a fin de que el producto no comprometa la seguridad y/o salud de los usuarios o terceros, “el grado de seguridad del juguete debe establecerse según el criterio de la utilización conforme al destino del producto pero teniendo en cuenta también el uso previsible de éste -el producto-, respecto al comportamiento habitual de los niños, que normalmente carecen del grado de “diligencia media” propia del usuario adulto” y, por ello, en el art. 2/1 se señala que “los juguetes sólo podrán comercializarse si no comprometen la seguridad y/o la salud de los usuarios o de terceros, cuando se utilicen para su destino normal o se utilicen conforme a su uso previsible habida cuenta

del comportamiento habitual de los niños”. Su transposición al Derecho interno se produjo por el Real Decreto 880/1990, de 29 de julio, que estableció normas de seguridad en los juguetes.

¹⁴⁰ DO, n.º. L 187/14, de 16 de julio de 1988, que, en su art. 6/1/b), señala que “Los Estados miembros tomarán todas las medidas oportunas para que...los recipientes que contengan preparados peligrosos ofrecidos o vendidos al público en general no puedan tener una forma y/o una decoración gráfica que puedan atraer o excitar la curiosidad activa de los niños o inducir a error al consumidor...”. Vid. un caso de infracción de la normativa vigente sobre etiquetado de productos tóxicos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de septiembre de 1992 (RGD 1993, pp. 2161 ss.).

¹⁴¹ DO, n.º. L 19/14, de 24 de enero de 1990.

por la que se definen, de conformidad con el artículo 6 de la Directiva 88/739/CEE, las categorías de preparados cuyos envases deben ir provistos de un cierre de seguridad para niños y/o de una indicación de peligro que sea detectable al tacto.

Con todo, conviene destacar, según anteriormente hemos adelantado, las dificultades que, en determinados casos, puede entrañar acreditar la conducta negligente del consumidor, puesto que si bien resulta relativamente fácil demostrar que el daño sufrido fue causado por ingerir un producto que, según se refleja con claridad en su envase o envoltorio, había caducado ya, sin embargo, la carga probatoria deviene francamente complicada cuando el daño se pretende derivar de la consumición de un alimento cuyo mal estado no se debe a un defecto originario sino a la ausencia de las precauciones que su correcta conservación exigía¹⁴².

Asimismo, ha de advertirse de las dificultades que se pueden producir en aquellos supuestos en que, como ocurre con algunos medicamentos, en las instrucciones de uso, consumo o utilización se especifica que el mismo habrá de realizarse bajo prescripción facultativa o con la supervisión del suministrador, en cuyo caso, si se demuestra que el producto se encontraba en buen estado y reunía las condiciones necesarias de seguridad, será el profesional el que deba de responder de los daños causados¹⁴³, tal y como se decidió en la STS de 14 de noviembre de 1984¹⁴⁴ ante la pérdida de una cosecha por incorrecta aplicación de un insecticida, cuyas instrucciones, muy detalladas, concluyen con la indicación, calificada de “importante”, de que debía utilizarse “bajo control directo del distribuidor”, que fue condenado por considerarse que había incumplido sus obligaciones de dar adecuadas instrucciones sobre la aplicación del producto.

Por otra parte, aún cuando nada se especifique en el art. 25 LCU, la concurrencia del defecto del producto con la culpa del perjudicado o de la persona de la que deba responder (nunca de un tercero, que carece de incidencia en el régimen de responsabilidad del art. 25 LCU, al igual que se señala en el art. 8/1 de la Directiva 85/734/CEE¹⁴⁵) habrá de tenerse en cuenta, no para la exoneración de responsabilidad, cuando menos si tal culpa no ha sido determinante, sino para la disminución del derecho a la indemnización del consumidor, de acuerdo con el texto del art. 8 de la Directiva 85/734/CEE, que señala que la concurrencia de culpa del perjudicado o de la persona por quien deba res-

¹⁴² Vid. A. Olmos Pildain, “La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por el consumo de productos alimenticios”, *La Ley* 1987/4, p. 1023.

¹⁴³ Vid. M^a.J. Reyes López, “Algunas reflexiones sobre el Derecho del Consumo y la Directiva 374/85 sobre responsabilidad por productos defectuosos”, RGD 1991, pp. 55 y 56.

¹⁴⁴ Ar. 5554, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1902 CC, lo que también habría de hacerse actualmente porque los demandantes eran agricultores que, como tales, no reúnen la condición de consumidores del art. 1.2 y 3 LCU.

¹⁴⁵ Según se ha advertido *retro* (nt. 8), el plazo para la adecuación a la Directiva de los ordenamientos de los Estados miembros ha expirado el 30 de julio de 1988 sin que en nuestro país se haya llevado a cabo tal transposición. Vid. sobre la problemática de la introducción de la Directiva en diversos Estados (Reino Unido, República Federal alemana, Bélgica y Francia) en *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux. Colloque des 6 et novembre 1986*, bajo la dirección de J. Ghestin, Paris 1987. Vid. abundantes referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la aplicabilidad de las Directivas cuando son suficientemente detalladas una vez vencido el plazo para su transposición a los ordenamientos de los Estados miembros en S. AP Barcelona, Sección 1^a, de 9 de septiembre de 1992 (RGD 1993, pp. 3804 ss.) en donde, sin embargo, no se aplica la Directiva 85/577, de 20 de diciembre de 1985, sobre protección de consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales al considerarse las normas internas ampliamente favorables al consumidor de buena fe, que, según se aprecia en dicha decisión, no era el caso. Igualmente, amplia información en G. A. Botana García, “Incidencia de los instrumentos de Derecho Comunitario en la protección de los consumidores”, AC 1993, pp. 55 y 56, especialmente nt. 13.

ponder puede también reducir la responsabilidad del productor y no sólo, según se deduce del art. 25 LCU, anularla¹⁴⁶.

También, a pesar del silencio de la LCU -al igual que acaece en la Directiva 85/734/CEE-, debe admitirse, como criterio de inimputabilidad o excepción al criterio de imputación objetiva -que no ya de interrupción del nexo causal, según puntualizó F. Pantaleón Prieto¹⁴⁷- el caso fortuito o la fuerza mayor, pues su imprevisibilidad o inevitabilidad conlleva que su cobertura quede marginada de lo dispuesto en la LCU, cuya *ratio* es la protección del consumidor frente a daños normales¹⁴⁸.

En igual medida, y por la misma razón de imprevisibilidad o inevitabilidad, difícilmente podrá admitirse la responsabilidad del productor por los denominados riesgos sobrevenidos o de desarrollo ("*Entwicklungsgefahren*", "*development risks*")¹⁴⁹, sin perjuicio de destacar que, en este aspecto, en la Directiva 85/734/CEE, después de haberse declarado en su art. 7.º que "el productor no será responsable si prueba... que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto", sin embargo, en el art. 15 se permite a cada Estado miembro mantener -lo que ya se encontraba previsto, con carácter general en el art. 13- o, en su caso, disponer -de acuerdo con el procedimiento previsto en el párrafo 2º del mentado art. 15- en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que el defecto del producto, cuyo uso ha venido causando daños en los consumidores, sólo pudo descubrirse precisamente por el posterior desarrollo científico y tecnológico.

Como fácilmente puede apreciarse, la Directiva, con la solución de compromiso anteriormente expuesta, no ha zanjado definitivamente el discutido problema de la responsabilidad por los riesgos de desarrollo, esto es, por los daños ocasionados como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia en el momento en que el producto ha sido puesto en circulación, aspecto sobre el que los argumentos esgrimidos por los representantes de los consumidores y de la industria a favor o en contra, respectivamente, de imponer la responsabilidad sobre el productor son en igual medida sostenibles y, en cualquier caso, difícilmente conciliables¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Vid. en el sentido del texto, art. 9 del Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de febrero de 1993) y, en la doctrina, A. Rojo, "La responsabilidad del fabricante en el Derecho español y en la Directiva 85/374/CEE", en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, 1990, pp. 156 y 157; M. A. Parra Lucán, *op. cit.*, pp. 401 y 402 y R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios, cit.*, pp. 691 y 692; pero véase en contra de tal posible reducción, R. Jiménez de Parga, "Responsabilidad del empresario en la Ley de Defensa del Consumidor" en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid 1991, p. 652. Sobre las declaraciones jurisprudenciales que se inclinan por moderar equitativamente la cuantía de la indemnización en caso de concurrencia de culpas, SSTs de 27 de julio de 1992 (Ar. 6461) y de 12 y 24 de febrero de 1993 (Ar. 762 y 1251).

¹⁴⁷ Cfr. "Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación", *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1990, t. II, pp. 1561 a 1566 y *Comentario del Código Civil, cit.*, pp. 1981 a 1988.

¹⁴⁸ Cfr. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios, cit.*, p. 693 y C. López Rendo, "La responsabilidad civil del fabricante en la Ley General de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. Algunos problemas que plantea y perspectivas de una reforma", *La Ley* 1990/4, p. 952.

¹⁴⁹ Así, en Portugal, el Decreto-Lei nº. 383/1989, de 6 de noviembre, sobre *Responsabilidade civil do produtor* (*Diário da República-I Série*, Nº. 255, p. 4880 ss.), señala, en el art. 5º.ª letra c, que "*O produtor não é responsável se provar:...e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito*". Cfr., en la doctrina española, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios, cit.*, p. 694 y C. López Rendo, *op. et loc. ult. cit.*

¹⁵⁰ En el anteriormente mencionado Decreto-Lei portugués 383/1989 se razona que "*O intuito de não agravar demasiado a posição do produtor... explica... não se tendo usado da facultade concedida pela directiva de introduzir a responsabilidade pelos chamados riscos do desenvolvimento*". Vid., en la doctrina española, argumentos a favor y en contra S. Cavanillas Múgica, *Responsabilidad, cit.*, pp. 188 ss y G. Alcover Garau, *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al derecho español*, Madrid, 1990, pp. 50 ss.

Ahora bien, la exoneración de responsabilidad del productor por los riesgos de desarrollo, que, con anterioridad, hemos mantenido y que, salvo para medicamentos y alimentos, se sostenía en el Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por los daños causados por los productos defectuosos en el art. 6/1.e), no llega al extremo de liberarle de responsabilidad, desde luego, por los daños ocasionados por los defectos del producto que -desconocidos por el fabricante del producto acabado en el instante de su elaboración- han sido descubiertos en el posterior momento de su distribución al público, que lleva a cabo o bien la persona que importa el producto en la Comunidad o bien el suministrador, éste último en caso de imposibilidad de identificación del productor (considerados ambos como productores en el art. 3/2 y 3/3 de la Directiva 85/734/CEE).

De la misma manera, no pueden quedar exonerados en aquellos supuestos en que, en el momento en que se detecta el defecto, los posibles sujetos responsables no hubiesen procedido con la máxima celeridad y diligencia a advertir a los consumidores de los peligros potenciales del producto, debiendo de destacarse, en fin, que el desconocimiento del defecto ha de ser absoluto, para todos, al margen de las dificultades de todo tipo -incluidas económicas- que implique la investigación previa a la fabricación o posterior a su puesta en circulación.

Por otro lado, si, en nuestro derecho, se hace responsable al productor por los riesgos de desarrollo -como, para los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, prevenía el art. 6/3 del Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos-, habrán de tenerse en cuenta también, por imperativo de la más elemental equidad de acuerdo con la regla *compensatio lucri cum danno*, al menos para disminuir la cuantía de la indemnización, los eventuales beneficios obtenidos por el producto -sobre todo, si de otra manera no se hubiesen alcanzado tales ventajas- que, de tal modo, compensan, en cierta medida, el daño causado¹⁵¹.

Para concluir este apartado, expondremos la decisión mantenida en la S. AP Ciudad Real, Sala 2ª, de 30 de abril de 1992¹⁵², pues constituye un buen ejemplo de cuánto precedentemente hemos expuesto; en el caso, la demanda se había dirigido contra el Insalud ante la contracción de hepatitis por la actora con ocasión de operación quirúrgica en un centro hospitalario dependiente del citado Instituto al habersele administrado un preparado comercial de fibrinógeno a cuya actuación le imputa la inoculación del virus y la aparición de la enfermedad, recurriendo el Insalud frente a la condena impuesta en primera instancia al considerar preciso que la demanda se dirija conjuntamente contra el laboratorio fabricante de la sustancia y alegando la concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito exonerante de responsabilidad, todo lo cual fue desestimada en dicha decisión de la AP Ciudad Real.

Efectivamente, frente a la pretendida necesidad de traer a la litis al laboratorio, la Audiencia rechaza tal alegación porque “la demandante no basa la causación del daño en una defectuosa elaboración del producto, sino en no haber adoptado el organismo demandado las medidas necesarias para evitar en su caso concreto el resultado lesivo, o en el fracaso o insuficiencia de las medidas que se hubieran podido adoptar...”, aparte de que la responsabilidad solidaria impuesta por los arts. 27 y 28 LCU excluye la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

¹⁵¹ En tal sentido, Mª. A. Parra Lucán, *op. cit.*, p. 399, que extrae del art. 28 LCU la consecuencia de responsabilidad por los riesgos de desarrollo en nuestra legislación.

¹⁵² AC 611/1992.

Más interesante es el razonamiento empleado en la citada S. AP Ciudad Real de 30 de abril de 1992 para decidir la omisión culposa del Insalud¹⁵³ pues después de “llegar a la conclusión, por imponerlo así la lógica humana, de ser la administración del fibrinógeno la única causa posible en este caso concreto del origen de la enfermedad”, se considera probado que el medicamento en cuestión multiplicaba enorme e innecesariamente el riesgo de contagio de enfermedades infecciosas, razón por la que se había dejado de utilizar desde hace siete años en Estados Unidos así como también en otros Centros del propio Insalud, de todo lo cual -especialmente, de la utilización de un medicamento ya superado científicamente- se deduce que “no se adoptaron todas las medidas precisas para evitar el riesgo en este caso y que éste no era ni efecto inevitable del acto médico ni mal necesario para el tratamiento”, por lo que “no cabe apreciar un caso fortuito, cuya esencia es la imprevisibilidad del daño ni fuerza mayor, cuyo fundamento está en la inevitabilidad del mismo, porque el daño ocasionado a la actora es justamente previsible y evitable”.

VI. SANCIÓN DE LA INFRACCIÓN DE LOS LÍMITES DE LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS O EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD

El antiguo número 4 del art. 10 LCU de 1984 establecía la nulidad de pleno derecho de las cláusulas que incumplan los anteriores requisitos (entre los que se cuentan los enumerados en el inciso 6 del supradicho precepto), de tal modo que se establecía la nulidad parcial del contrato con cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad que, en los términos y con los matices anteriormente enunciados, contravinieran los límites legalmente estatuidos. La actual LCU, una vez introducidas las modificaciones previstas en la LCGC, regula esta nulidad en el número 2 de su añadido artículo 10bis, estableciendo que “serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato”.

La mentada nulidad de la cláusula, al ser radical o de pleno derecho, “operará de forma automática”, como se señala en la S. AP Málaga de 20 de octubre de 1992¹⁵⁴ y puede ser reclamada tanto por vía de acción como de excepción, sin límite de plazo¹⁵⁵, por el contratante perjudicado o, también, por asociaciones de consumidores en defensa del interés general (arg. *ex art.* 20 LCU) o, incluso, en defensa del interés concreto de alguno de sus asociados, según se admitió en la S. AP de Albacete de 8 de julio de 1991¹⁵⁶, en

¹⁵³ *Vid.* sobre la dificultad probatoria del nexo causal en los supuestos en que el defecto del servicio consista en su omisión M^a.A. Parra Lucán, con ocasión del comentario a la STS de 19 de junio de 1990 en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, n. 24, pp. 861 ss.

¹⁵⁴ Aranzadi Civil n^o. 4, ref. AP 1440.

¹⁵⁵ *Vid.*, por todas, sobre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad radical, STS de 30 de septiembre de 1992 (Ar. 7414) y sobre la posibilidad de alegarla por acción y por excepción, diferenciándola, por ello, de la anulabilidad STS de 7 de junio de 1990 (Ar. 4741) y, considerando que también ésta es susceptible de oponerse por vía de excepción, STS de 30 de diciembre de 1991 (Ar. 9610).

¹⁵⁶ RGD 1992, pp. 10700.

la que se señala que, de lo contrario, resultaría inaplicable dicho art. 20 LCU, “ya que es poco probable una lesión que afecte a toda una colectividad y no tendría sentido el incorporarse a una asociación de esa naturaleza si la misma no sirviera también para salvaguardar y exigir los derechos particulares de cada uno de sus miembros”.

Una vez declarada la nulidad parcial del contrato, la cláusula abusiva se tendrá por no puesta -a pesar de que la LCU de 1984 silenciaba la extensión de la cosa juzgada, lo que se preveía en los arts. 36 y 37 del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales- y el contrato, sin la cláusula nula, conserva su validez y se mantiene en vigor con las subsistentes¹⁵⁷ -que sean claras, suficientemente comunicadas y no abusivas-, siendo, en su caso, necesario verificar una integración del contrato con las disposiciones legales, siempre que existan, salvo que, como suele ser habitual, se trate de un contrato atípico, en cuyo supuesto, a falta de Derecho legal dispositivo, deberán aplicarse las reglas deducibles del principio de buena fe, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1258 CC y todo ello al margen de que el predisponente alegue que no hubiese celebrado el contrato de haber sabido que no valdrían las cláusulas irregulares, como destaca L.H. Clavería Gosálbez¹⁵⁸.

Sólo si se trata de contratos -atípicos- particulares podría, excepcionalmente, entrar en funcionamiento -en el lugar de la cláusula abusiva- la expresa previsión supletoria de las partes -cláusula de salvaguarda o sanatoria-, que, en el marco de las condiciones generales, habida cuenta del restringido -y discutible- ámbito de operatividad de la autonomía privada, no debe de tener, por regla general, aplicación, al constituir, normalmente, un indicio de la mala fe del predisponente (contra lo dispuesto en el antiguo art. 10/1.c).

Dicha conclusión ha de mantenerse especialmente si se trata de la habitual cláusula “en los límites señalados o admitidos legalmente o sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley” (que por su farragosidad, es, por lo general, abusiva, de acuerdo con el art. 10/1.a y, en consecuencia, nula de pleno derecho, por aplicación del nuevo art. 10bis/2 (anterior 10/4-1) también a las cláusulas ininteligibles u oscuras, no sólo a las abusivas), de tal modo que sólo será sustitutiva de la sanción de nulidad del art. 10bis/2 LCU cuando se demuestre la razonabilidad de la duda del predisponente sobre la validez de la cláusula que le ha inducido a complementar las condiciones generales impuestas al consumidor con otras de salvaguarda o sanatorias, según advierte R. Bercovitz Rodríguez-Cano¹⁵⁹.

En cualquier caso, sobre todo si nada han pactado en el contrato particular para sanar la cláusula abusiva o, con carácter general, ésta forma parte de condiciones generales, no debe de proceder la reducción y ello aunque se haya previsto tal consecuencia, máxime si se trata de condiciones generales.

Así, ante una cláusula de exención de responsabilidad absoluta, la declaración de nulidad de la misma implica que el predisponente responde también por culpa leve sin que quepa al Juez reducir la cláusula señalando su validez para excluir la responsabilidad por culpa leve, pues, en el primer caso, ante la nulidad, el predisponente se ve estimulado a redactar desde el principio la exclusión de la responsabilidad por culpa leve mientras que si cupiera la reducción, el predisponente se vería incentivado a redactar la cláusula de reducción de responsabilidad en forma abusiva con la esperanza de oponer-

¹⁵⁷ Así, STS de 13 de noviembre de 1995 (Ar. 8601).

¹⁵⁸ Cfr. “Las condiciones generales de la contratación: hacia un nuevo derecho del contrato”, *Academia Sevillana del Notariado*, 1988, p. 156.

¹⁵⁹ Cfr. *Estudios*, cit., p. 203.

la en su totalidad en la fase extraprocesal de la vida del contrato frente a clientes poco informados¹⁶⁰.

Ahora bien, el número cuarto del antiguo art. 10 se completaba con un perturbador inciso final -proveniente de una enmienda transaccional del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso- que presentaba una excepción a la regla general de la nulidad parcial del contrato enunciada en el primero de los apartados del precepto, al disponer que en los supuestos en que las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes, será ineficaz el contrato mismo. Esta excepción se contempla en el nuevo artículo 10bis/2, no obstante en esta última redacción se deja al arbitrio del Juez el poder declarar la ineficacia del contrato y siempre que la referida situación no equitativa no pueda ser subsanada.

La declaración realizada por el antiguo art. 10, congruente con el carácter central del consentimiento como determinante de la validez de los contratos -que, sin embargo, fue obviada en el primer párrafo del mentado artículo- y coherente con la finalidad de toda norma jurídica de velar por la adecuada protección de las partes intervinientes, entre las que también se cuenta el predisponente, había suscitado lógicos reparos en la mayoría de la doctrina¹⁶¹, que, con razón, destacaba que dicha disposición no respondía al fin de protección del consumidor que persigue la Ley.

En efecto, en contradicción con el espíritu y finalidad de la LCU y con el propio principio constitucional de protección del consumidor, el anterior art. 10/4-2 determinaba también la sanción de la ineficacia del entero contrato cuando, una vez suprimida la cláusula abusiva -acaso sustituida por el Derecho dispositivo- el resto del clausulado contractual determinaba una situación no equitativa de la posición de la parte predisponente -y no sólo del contratante débil-¹⁶², por lo que, como se ha advertido¹⁶³, el adherente se vería obligado a escoger entre soportar las cláusulas lesivas omitiendo su impugnación o invocación o bien soportar la ineficacia del contrato, lo que, en principio, implicaba la pérdida del bien o servicio que necesitaba.

Dicha situación de desequilibrio contra el predisponente que el art. 10/4-2 contemplaba como constitutiva del supuesto de hecho determinante de la aplicación de la sanción en él prevista, habitualmente acaecerá en los casos objeto de nuestro estudio¹⁶⁴ pues la declaración de nulidad de las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad y su sustitución por el Derecho dispositivo empeorará, por regla general, la posición -económica- del empresario predisponente, que aducirá haber calculado el precio del producto en función del nivel de responsabilidad, siendo, en cualquier caso, absolutamente imprescindible demostrar el perjuicio económico considerable ocasionado por el mantenimiento del contrato sin la cláusula nula y, en su caso, probar la relación de causalidad entre precio y nivel de responsabilidad.

Obviamente, no procederá la alegación a la disposición contenida en el art. 10/4-2 y en el nuevo art. 10bis/2 cuando la cláusula nula sea groseramente contraria a la Ley (así,

¹⁶⁰ *Vid.* al respecto, aún no compartiendo tal razonamiento, J. Alfaro Aguila-Real, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 430.

¹⁶¹ *Vid.*, y allí referencias en tal sentido, J. Alfaro Aguila-Real, *op. cit.*, p. 454, nt. 294, quien, sin embargo, valora positivamente el precepto, salvo en su redacción.

¹⁶² Así, S. AP de Madrid de 8 de octubre de 1993 (Ar. 2594), citada en la Sentencia de la misma Audiencia de 8 de julio de 1994 (Ar. 1486).

¹⁶³ *Cfr.* R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Estudios, cit.*, p. 203 y L.H. Clavería Gosálbez, "Las condiciones generales", *cit.*, p. 157.

¹⁶⁴ *Vid.* J. Alfaro Aguila-Real, *op. cit.*, pp. 463 y 464, sobre los grupos de casos a los que se aplica la regla del art. 10.4 II LCU.

exención de responsabilidad por dolo) pues el predisponente debía haber previsto la declaración de ineficacia de la cláusula, por lo que resulta inadmisibile la alegación de la situación inequitativa que un empresario mínimamente diligente debería haber evitado.

Asimismo, resulta improcedente la ineficacia del entero contrato cuando la situación de desequilibrio ha sido provocada por la supresión de una cláusula que, en el momento de la impugnación o de la declaración de nulidad, resulta ya inoperativa (así, la reducción excesiva de los plazos de reclamación cuando el plazo legal igualmente hubiera transcurrido).

Así las cosas, una vez apuntada, siquiera brevemente, la situación fáctica determinante de la operatividad del segundo inciso del número cuarto del antiguo art. 10 LCU, actual 10bis/2, el mayor problema derivado del mismo radica en la determinación de la naturaleza jurídica de la sanción estatuida, precisamente por la ausencia de rigor técnico de que adolece: la “ineficacia” del contrato es una categoría genérica que, en nuestro derecho, engloba, por lo menos, tres especies típicas: la nulidad absoluta, la anulabilidad y la rescisión.

No parece defendible que el precepto pueda estimarse referido a la anulabilidad¹⁶⁵ no ya sólo porque el supuesto de hecho previsto es sustancialmente distinto de los casos contemplados en el art. 1301 CC sino, sobre todo, porque el legislador ha omitido cualquier referencia a aspectos sustanciales del régimen de la anulabilidad (ausencia de previsión de plazo para la interposición de la acción, de la posibilidad de confirmación del contrato...) y ello sin necesidad ya de aludir al carácter especial que, frente a la nulidad, representa la anulabilidad¹⁶⁶, lo que tanta polémica doctrinal ha suscitado¹⁶⁷.

Ahora bien, igualmente estimamos que la finalidad de la norma de proteger a la parte afectada por el control del contenido -y la integración del contrato- no se compadece fácilmente con la previsión del art. 6/3¹⁶⁸ o, mejor, con las declaraciones jurisprudenciales -y doctrinales- al respecto de la nulidad radical, en concreto con la apreciación *ex officio* por el Juez, la no producción *ab origine* de efectos del contrato en su integridad, su insubsanabilidad o la ausencia de limitación de la legitimación activa¹⁶⁹, sobre todo habida cuenta que carece de sentido -aún admitido que las normas de la LCU tengan su fundamento en el orden público económico¹⁷⁰- declarar la nulidad del entero

¹⁶⁵ *Vid.*, sin embargo, inclinándose por tal solución, M. Ruiz Muñoz, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1993, pp. 280 y 281.

¹⁶⁶ *Vid.* en tal sentido, y allí referencias, F. Jordano Fraga, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, *Studia Albornotiana*, Bolonia-Zaragoza, 1988, pp. 20, 21, 134 y 334.

¹⁶⁷ *Vid.* amplia información al respecto en A. Gordillo Cañas, “Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)”, *Centenario del Código Civil*, t. I, Madrid 1990, pp. 979 y 980, para quien la regla o forma normal de ineficacia del contrato es la anulabilidad.

¹⁶⁸ Pero véase, en cambio, en favor de la nulidad total, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Estudios*, *cit.*, pp. 202 y 203, aún considerando, por ello, criticable el precepto y F. Jordano Fraga, *La responsabilidad*, *cit.*, pp. 415 y 416.

¹⁶⁹ Así, sobre la no confirmabilidad de los contratos nulos, STS de 31 de enero de 1991 (Ar. 522); acerca de la posibilidad de ejercicio de la acción por cualquier tercero interesado, STS de 22 de septiembre de 1989 (Ar. 6351) y, al respecto del automatismo de sus efectos, STS de 15 de noviembre de 1991 (Ar. 8406). En la doctrina, por todos, acerca de tales caracteres, F. de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid 1971, p. 475 y L. Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 445 a 448; asimismo, si bien destacando el carácter excepcional de la apreciación *ex officio* de la nulidad absoluta, acaso sólo predicable de los actos contrarios al orden público (STS de 29 de marzo de 1932, Ar. 976), J. Delgado Echeverría, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo García, Madrid 1981, t. XVII, vol. 2, pp. 283 y 284.

¹⁷⁰ Para A. Gordillo Cañas, *op. cit.*, pp. 976 y 980, la nulidad de pleno derecho se ordena a la protección del interés público, lo que la diferencia del régimen de la anulabilidad, destinado a tutelar el interés privado y disponible de los particulares.

contrato si la parte a la que el control ha puesto en situación inequitativa o para la cual ha generado una descompensación lesiva desea, sin embargo, la subsistencia del mismo.

Por todo ello, parece, más bien, que el legislador se refiere, con el genérico término “ineficacia”, o bien a una nulidad absoluta particular, sólo invocable a instancia de parte interesada¹⁷¹ -aquella que se ha visto afectada en su situación contractual de modo perjudicial como consecuencia de la supresión sólo de la cláusula abusiva- o, quizá, también, como propugna J. Alfaro Aguila-Real¹⁷², a la rescisión.

Todo esto sin perjuicio de destacar que, en este caso, no parece ilícito que los Tribunales lleven a cabo una interpretación “correctora” del precepto¹⁷³, como propone L.H. Clavería Gosálbez¹⁷⁴, para impedir que el predisponente imponga la ineficacia total del contrato, de tal modo que dicho precepto sea inaplicable cuando la ineficacia total resulte lesiva para el adherente, en cuyo caso debe de procederse a la reconstrucción de la regla negocial mediante la integración con el Derecho dispositivo y si, aún así, provoca cargas no equitativas contra el predisponente, la solución debería ser que se reputen no incluidas también las cláusulas claras y no abusivas que han provocado tal desequilibrio, pero nunca la ineficacia total, que deja al adherente sin el producto, servicio o bien.

En cualquier caso, y con esto concluyo, esta cuestión de la ineficacia merece un análisis más detallado de lo que permiten los límites razonables de la presente conferencia, pues ello, dicha exposición más detenida, viene exigido no sólo por las deficiencias expuestas sino, de modo especial, porque las excepciones al carácter parcial de la ineficacia del contrato con cláusulas abusivas no han sido suficientemente clarificadas en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, cuyo artículo 6 prevé que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor dichas cláusulas y dispondrán que “el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”, sin que, en fin, se especifiquen los términos o las condiciones en que no ha de proceder la subsistencia parcial del contrato.

Tampoco dicha excepción a la ineficacia de la concreta cláusula -o, en su caso, a la no inclusión- se podía considerar definitivamente solucionada en el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuyo artículo 27 disponía que “el resto del contrato, en su caso, conservará su validez, integrándose con las disposiciones legales, siempre que su aplicación no conduzca a resultados distintos de los que las partes hubieran perseguido al celebrar el contrato”, lo que, en modo alguno, suponía un obstáculo para que el predisponente pudiese colocar al consumidor en la tesitura de aceptar la cláusula abusiva o, de lo contrario, impugnarla y, posiblemente, perder el bien o servicio¹⁷⁵.

¹⁷¹ Vid. J.L. Lacruz Berdejo/J. Delgado Echeverría, *Elementos de Derecho Civil*, t. I, vol. 3º, Barcelona, 1990, pp. 271 y 272 sobre la posibilidad -y necesidad- de superar, en determinados casos, los estrictos moldes de la nulidad y la anulabilidad tal como han sido rígidamente configurados por la doctrina y la jurisprudencia.

¹⁷² *Op. cit.*, pp. 459 a 461.

¹⁷³ Lo que, por otra parte, habitualmente, en situaciones más discutibles, llevan a cabo: especialmente en punto a los arts. 1137 o 1138 CC en los eventos de pluralidad de intervinientes en el proceso constructivo si no puede precisarse la participación de cada uno en los defectos de la construcción (STS de 8 de junio de 1992, Ar. 5168) o ante los supuestos de pluralidad de autores en caso de culpa extracontractual (STS de 28 de abril de 1992, Ar. 4466) o, también, con ocasión del carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude, con motivo de la impugnación de las capitulaciones matrimoniales (STS de 15 de junio de 1992, Ar. 5137).

¹⁷⁴ *Cfr. Comentarios, cit.*, p. 343.

¹⁷⁵ *Cfr.* L.H. Clavería Gosálbez, “El control de las condiciones generales de los contratos”, *La Ley* 1989, p. 1018.