

CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN OU REDUCCIÓN DE RESPONSABILIDADE NA LEI SOBRE CONDICIÓN XERAIS DA CONTRATACIÓN

Domingo Bello Janeiro

Director da EGAP

1. Preliminar: normativa e ámbito de aplicación

No presente relatorio, e como advertencia previa, preténdese dar conta, con carácter eminentemente práctico, das decisións xudiciais máis relevantes que se viñeron producindo con ocasión dos litixios formulados como consecuencia da inserción de cláusulas de exclusión ou redución de responsabilidade na moderna contratación. E son de preferente interese aquelas sentencias que, para resolve-lo conflito suscitado, aplican algún dos preceptos que, referidos á tal materia, contén a Lei 26/1984, do 19 de xullo, xeral para a defensa dos consumidores e usuarios (LCU), e teñen presente as novidades que a nova Lei 7/1998, do 13 de abril, sobre condicións xerais da contratación (LCXC)¹, introduce respecto disto.

Trátase, pois, de realizar unha exposición e análise da casuística que a aplicación práctica da dita cuestión, ó amparo dos referidos textos legais, ocasionou no noso país, co propósito de proporcionarlles adecuada resposta ós problemas que se xeraron, poñendo de relevo, no seu caso, as insuficiencias da LCU do ano 1984 e as da propia LCXC de 1998, pero

¹ Lei publicada no BOE n.º 89, do 14 de abril de 1998. Está baseada no Proxecto de lei 121/79 (BOE do 5 de setembro de 1997).

sen pretender, de ningún modo, levar adiante unha nova e completa elaboración doutrinal, de corte teórico ou dogmático, con noticia exhaustiva dos diversos estudos, nacionais ou foráneos, que versaron sobre o asunto nin tampouco da distinta normativa existente respecto disto no ámbito do dereito comparado europeo, para o que é obrigado remitirse, coa finalidade de profundar na rica controversia que o tema lles suxire, ós documentados traballos dirixidos por J. Ghestin² ou G. Alpa e M. Besone³.

Primeiramente quixera determe, aínda que de forma breve e a título simplemente informativo, nas principais modificacións introducidas pola LCXC. Esta lei, que finalmente veu a luz despois de diversos intentos de aprobación⁴, tivo por obxecto a transposición ó dereito interno da Directiva 93/13/CEE do Consello, do 5 de abril de 1993⁵, sobre cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores⁶, así como a regulación das condicións xerais da contratación⁷ como fenómeno característico da con-

² Cfr. *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe. Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990*, París 1991; tamén, máis 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*, París, 1981.

³ Cfr. *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991; así mesmo, FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Os direitos dos consumidores*, Coímbra 1982, baixo o epígrafe "O fenómeno do consumerismo e as alteraões legislativas e jurisprudenciais", páxs. 29 e segs.

⁴ A preocupación do lexislador por construír unha regulación xeral para a contratación mediante a técnica de condicións xerais supuxo a elaboración de varios borradores de anteproxectos de lei que culminaron coa adopción do proxecto e coa conseguinte aprobación da Lei sobre condicións xerais da contratación.

⁵ DOCE do 21 de maio de 1993, L 95.

⁶ A directiva persegue a eliminación das cláusulas abusivas dos contratos realizados con consumidores, e a conseguinte harmonización do sector, a través da denominada "armonización mínima", no sentido de que fixa "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, le otorguen un mayor grado de protección al consumidor" (ZAPATER DUQUE, E., *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, xeralmente empregada en materia de consumidores, maniféstase de forma expresa no artigo 8 da Directiva 93 cando se sinala que "Os estados membros poderán adoptar ou manter no ámbito regulado pola presente directiva disposicións máis estrictas que sexan compatibles co tratado, co fin de garantirlle ó consumidor un maior nivel de protección".

⁷ Neste sentido, como sinalou 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, extrae expresamente de la noción de cláusulas abusivas aquéllas que hayan sido previamente negociadas por las partes" (Vid., ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 235).

tratación en masa determinado pola predisposición unilateral de todo ou parte do contido obrigatorio e a súa proxección sobre unha pluralidade de contratos (artigo 1 LCXC).

De acordo con Pagador López⁸, cabería dicir que o sistema de control de contido establecido pola directiva gravita ó redor da formulación dunha cláusula xeral de prohibición do emprego de cláusulas abusivas (artigos 3.1. e 4)⁹, que se ve posteriormente integrada ou reforzada mediante a remisión a un catálogo simplemente indicativo de cláusulas que *poden ser declaradas abusivas*¹⁰, o que contén o anexo da directiva (artigo 3.3 e anexo)¹¹.

O ámbito de aplicación obxectivo da directiva (artigo 3.1) vén dado pola noción de cláusulas contractuais que non se negociasen individualmente, é dicir (artigo 3.2.1), aquelas cláusulas contractuais que fosen redactadas previamente e respecto do contido das cales non puido exercer influencia ningunha o contratante que actúa en calidade de consumidor.

Desde un punto de vista subxectivo ou material-funcional, a directiva resulta aplicable ás cláusulas non excluídas do seu ámbito de aplicación e que, ademais, formen parte de contratos realizados entre profesionais e consumidores.

⁸ Vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, páxs. 76 e segs.

⁹ O artigo 3 da directiva establece que "as cláusulas contractuais que non negociasen individualmente consideraranse abusivas, se malia as esixencias da boa fe, causan en detrimento do consumidor un desequilibrio importante entre os dereitos e as obrigas das partes que se derivan do contrato.

Considerarase que unha cláusula non se negociou individualmente cando fose redactada previamente e o consumidor non puidese influír sobre o seu contido, en particular, no caso dos contratos de adhesión...

De acordo con ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (no relatorio impartido no curso do Consello Xeral do Poder Xudicial *El nuevo derecho de las condiciones generales de la contratación*), "la simple lectura del precepto transcrito nos permite deducir que son las cláusulas predisuestas e impuestas unilateralmente por el empresario las que resultan objeto del control que la Directiva instaure y no, como reza su título, las cláusulas abusivas".

O concepto de cláusula abusiva contido materialmente no seu artigo 3 delimita correctamente o ámbito de aplicación do control do contido e respecta suficientemente a liberdade contractual.

¹⁰ A doutrina veu subliñando a importancia deste amplo catálogo, tanto en relación coa cláusula xeral, respecto da cal se considerou un *mecanismo de concreción* (E. Emparanza, *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 na medida en que, nunha perspectiva de técnica xurídica, recolle a *tradicón* daqueles ordenamentos nacionais que xa emanaran normas especiais en materia de condicións xerais da contratación, consistente en apoiar ou reforza-la regulación do control de contido mediante a combinación dunha cláusula xeral prohibitiva e unha ou varias listaxes de carácter analítico de supostos concretos prohibidos.

¹¹ Respecto disto, o considerando 17º da directiva explica que, "para os efectos da mesma, a lista de cláusulas que relaciona o anexo non pode ter senón carácter indicativo" e que "dado o seu carácter mínimo, os estados membros, no marco da súa lexislación nacional, poden sometela a engadidos ou formulacións máis restrictivas, en particular con respecto ó alcance de tales cláusulas".

Respecto da regulación das condicións xerais da contratación, e tendo presente a directiva comunitaria, a LCXC recolle os seguintes temas:

■ A definición do concepto de condicións xerais de contratación, que son as impostas por unha das partes, e a distinción coas cláusulas abusivas, que se definen, engadíndolle un artigo 10 bis á LCU, e como aquelas que, en contra das esixencias da boa fe causen, en detrimento do consumidor, un desequilibrio importante dos dereitos e obrigas contractuais¹².

■ Regúlanse os requisitos para que a incorporación dunha cláusula xeral se considere axustada a dereito ("requisitos de incorporación" ou "control de inclusión das condicións xerais"¹³), e óptase pola interpretación das cláusulas escuras na forma máis vantaxosa para o adherente.

■ Sanción de nulidade das cláusulas xerais non axustadas á lei ou, se o contrato se realizou cun consumidor, que resulten abusivas, en termos que exporemos máis detidamente con posterioridade.

■ Creación dun rexistro de condicións xerais da contratación (capítulo III LCXC). Esta é unha das maiores novidades que a lei incorpora. Este rexistro estará a cargo dun rexistrador da propiedade e mercantil, e a inscrición das condicións xerais, en principio, é facultativa. Trátase dun rexistro xurídico, creado *ex novo* ou polo Ministerio de Xustiza, a organización do cal se axustará ás normas que se dicten regulamentariamente, se ben a lei concreta na súa disposición adicional terceira que existirá polo menos un na cabeceira de cada Tribunal Superior de Xustiza, polo que o da Comunidade Autónoma de Galicia terá a súa sede na Coruña.

¹² Do mesmo modo, a nova redacción do artigo 10 LCU, no apartado 1, parágrafo c) establece que "as cláusulas, condicións ou estipulacións que se lle apliquen á oferta ou promoción de produtos ou servizos, e as cláusulas non negociadas individualmente relativas a tales produtos ou servizos, incluídos os que faciliten as administracións públicas e as entidades e empresas delas dependentes, deberán cumprir os seguintes requisitos: c) Boa fe e xusto equilibrio entre os dereitos e obrigas das partes, o que en todo caso exclúe a utilización de cláusulas abusivas". Neste sentido, é significativa a emenda n.º 70 presentada polo Grupo Federal IU-IC ó proxecto de LCXC (BOCG, CONGRESO, serie A. n.º 78-6, do 23 de outubro de 1997), que lle engadiu á referida redacción a expresión "boa fe", en consonancia co propósito do articulado.

¹³ Cómpre distinguir entre "requisitos de inclusión ou control de inclusión" e "requisitos de control", a través dos cales se pretende defende-lo adherente das condicións xerais, dado que este non pode participar na súa elaboración, nin pode negociar sobre o seu contido, polo que perde o interese polas mesmas. Neste sentido, resulta ilustrativa para entende-la diferenza entre ámbolos dous controis a SAP de Baleares do 14 de xullo de 1994 (*Actualidade Civil* (AC) 1291), na que se formulaba a eficacia dunha serie de condicións xerais: "faiase preciso efectuar dúas operacións ou controis: dun lado o control de inclusión, é dicir, a verificación de se tales obrigas chegaron a formar parte do contrato porque reúnen os requisitos do art. 10.1 a) da Lei 26/1984, do 19 de xullo, xeral para a defensa dos consumidores e usuarios; e, doutro lado, o control de contido, é dicir, o exame de se, aínda formando parte do contido do contrato, as condicións son abusivas e, polo tanto, ineficaces (art. 10.1.c)... As cláusulas discutidas superan o primeiro dos mencionados controis e, polo tanto, deben ser consideradas como integrantes do contrato de préstamo..."

■ Regulación das accións colectivas encamiñadas a impedi-la utilización de condicións xerais contrarias á lei¹⁴: accións de cesación¹⁵, de re-tracción¹⁶ e declarativa¹⁷.

■ Réxime sancionador polo incumprimento da normativa sobre condicións xerais da contratación.

Así mesmo, esta norma modifica a Lei hipotecaria para acomoda-las obrigas profesionais dos rexistradores da Propiedade á normativa sobre protección ó consumidor e sobre condicións xerais.

Polo que se refire á tramitación parlamentaria da LCXC, o proxecto de lei foi ben recibido polos partidos políticos, como demostra indubidablemente a ausencia de emendas á totalidade en ámbalas dúas cámaras, e as propias emendas ó articulado introducidas no Congreso dos Deputados, publicado no BOCG, Senado, o 21 de febreiro de 1998.

Ningún grupo parlamentario impugnou os elementos esenciais do proxecto: a regulación das condicións xerais (a "letra pequena"), a publicidade rexistral (*erga omnes*), o efecto horizontal das sentencias (*ultra partes*), as cláusulas abusivas (a "lista negra") ... Como sinalou o director xeral de rexistros e do notariado, De los Cobos Mancha¹⁸, as emendas xiraron ó redor da matización ou da adición dalgúns artigos, da súa modificación, da súa aclaración, da súa supresión. Ó redor, pois, do nivel de protección do consumidor (elevación, mantemento ou diminución), entre outras cuestións.

Por outra parte, e no que ó tema do meu relatorio se refire, a nova LCXC, na súa disposición adicional primeira, modifica a LCU para incrementar-la protección ós consumidores, introduci-la definición de cláusulas abusivas (apartado tres da disposición adicional primeira) e establecer unha enumeración enunciativa destas (apartado seis da disposición adicional primeira, que lle engade unha disposición adicional primeira á LCU), extraídas nas súas liñas xerais da directiva¹⁹, pero engade tamén aquelas outras

¹⁴ A LCXC determina as diferentes clases de accións que poden interpoñer, entre outros entes, as asociacións de consumidores e usuarios, para levar e propicia-lo control efectivo das condicións xerais de contratación.

¹⁵ Accións dirixidas a impedi-la utilización dunha condición xeral de contratación e a elimina-la xa utilizada se se consideraran nulas.

¹⁶ Accións, o fin das cales é desmenti-la adecuada utilización e a validez dunha condición xeral de contratación, xa sexa recomendada por un predispoñente ou por unha organización calquera.

¹⁷ Accións a través das cales se procede a declarar unha cláusula contractual como condición xeral no mercado e é coñecida polo mesmo a través da oportuna inscrición no previsto Rexistro de Condicións Xerais de Contratación (artigo 15 LCXC).

¹⁸ No seu relatorio dado nas "Xornadas sobre condicións xerais da contratación e da protección do consumidor", realizadas na Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, os días 15, 16 e 17 de xuño de 1998.

¹⁹ O control de contido, en canto base fundamental do dereito especial das cláusulas

que aínda sen estar previstas nela, se estima necesario que estean incluídas no dereito español polo seu carácter claramente abusivo. Esta lei vai máis alá da disciplina das cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores e usuarios, xa que estipula de forma xeral as condicións xerais da contratación; é dicir, protexe a igualdade dos contratantes tanto se a parte que contrata, que debe someterse ás condicións xerais da contratación, é un consumidor ou usuario, como se é un profesional.

Concretamente, e respecto da regulación das cláusulas de exclusión ou redución de responsabilidade na LCU, a súa engadida disposición adicional primeira da LCXC contempla con carácter de abusivas, entre outras, as seguintes cláusulas:

■ “A exclusión ou limitación da obriga do profesional de respecta-los acordos ou compromisos adquiridos polos seus mandatarios ou representantes ou supedita-los seus compromisos ó cumprimento de determinadas formalidades”.

■ “A exclusión ou limitación de forma inadecuada dos dereitos legais do consumidor por incumprimento total ou parcial ou por cumprimento defectuoso do profesional.

En particular as cláusulas que modifiquen, en prexuízo do consumidor, as normas legais sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a substituí-la obriga de saneamento pola de reparación ou substitución da cousa obxecto do contrato, sempre que non supoña a dita reparación ou substitución gasto ningún para o consumidor e non exclúan ou limiten os dereitos deste á indemnización dos danos e prexuízos ocasionados polos vicios e ó saneamento conforme as normas legais no caso de que a reparación ou substitución non foran posibles ou resultasen insatisfactorias”.

■ “A exclusión ou limitación de responsabilidade do profesional no cumprimento do contrato, polos danos ou pola morte ou lesións causados ó consumidor debidos a unha acción ou omisión por parte daquel, ou á liberación de responsabilidade por cesión do contrato a terceiro, sen consentimento do debedor, se pode enxendrar mingua das garantías deste”²⁰.

contractuais predispostas, regulado pola directiva comunitaria, persegue a eliminación daquelas cláusulas contractuais predispostas, o contido regulador das cales se reputa abusivo, isto é, inadmisíbel por parte do ordenamento xurídico. Na Directiva do ano 1993 sobre cláusulas abusivas, o control de contido artículase ó redor da existencia dunha cláusula xeral prohibitiva (artigo 3.1) –a aplicación da cal trata de facilitarse mediante o establecemento duns criterios instrumentais para tal fin (artigo 4.1)– e dun catálogo exemplificativo de cláusulas que se consideran prohibidas, o cal figura recollido no anexo da directiva (artigo 3.3 e anexo).

²⁰ A emenda n.º 105 presentada polo Grupo Parlamentario Catalán (CIU) ó Proxecto de LCXC (BOCG, CONGRESO, serie A. n.º 78-6, do 23 de outubro de 1997) serviu para modifica-la cláusula 10ª do apartado II da disposición adicional nova

■ “A limitación ou exclusión de forma inadecuada da facultade do consumidor de resolver o contrato por incumprimento do profesional”.

O estudo das cláusulas de exclusión ou redución de responsabilidade no ámbito da protección de consumidores constitúe un dos aspectos esenciais do réxime de responsabilidade consagrado na LCU, por varias razóns: tanto pola inusitada frecuencia de tales declaracións, habitualmente abusivas, canto polas carencias da súa regulación na LCU de 1984, carencias que veu solucionar, en parte, a LCXC, como, en fin, porque todo o réxime de responsabilidade previsto nos arts. 25 e segs. da LCU, de difícil interpretación harmoniosa, carecería, en grande medida, de aplicación, de se aceptaren indiscriminadamente as declaracións de exención de responsabilidade nos termos en que adoita predispoñer o empresario.

En efecto, é ben coñecida a dificultade hermenéutica orixinada pola dicción dos arts. 25 a 28 LCU, que despois de consagrar no primeiro deles, art. 25, un réxime de responsabilidade obxectiva especialmente ríxido, producido pola simple introducción no mercado dun produto defectuoso, eliminando, incluso, as excepcións habituais de inimputabilidade (forza maior, culpa non exclusiva da vítima...), sen embargo o seguinte artigo, o 26, está redactado con criterios de responsabilidade por culpa ou subxectiva, mentres que o continuador art. 27, que non marca ningunha contraposición con respecto ó seu precedente, de inspiración subxectivista, non se sabe ben qué tipo de responsabilidade establece, tamén subxectiva, como se sostén na STS do 23 de maio de 1991²¹, o criterio do cal asume a SAP de Valencia, sección 7^a, do 31 de xullo de 1991²² e, máis claramente, foi defendido na SAP de Santander, sección 2^a, do 3 de abril de 1990²³ ou, polo contrario, de corte obxectivo²⁴, que é o tipo de responsabilidade polo que opta decididamente o último dos preceptos, o art. 28, aínda que neste caso condicionada polo correcto uso e consumo dos bens.

Pois ben, por se non fora suficiente obstáculo para lograla garantía e a tutela dos dereitos de consumidores e usuarios a deficiente redacción dos mentados arts. 25 a 28 da LCU e a súa defectuosa sistemática, así como

incorporada á LCU, a que fai referencia o apartado seis da disposición adicional primeira. Así, en concepto de mellora técnica, suprimíuse o último parágrafo previsto no proxecto (“...así como as limitacións de responsabilidade contrarias á utilidade ou finalidade do ben ou servizo.”).

²¹ Repertorio de xurisprudencia Aranzadi (Arzdi.) 3784.

²² *Revista General de Derecho (RGD)* 1991, páxs. 9440 e segs.

²³ *RGD* 1991, páxs. 11598 e segs.

²⁴ *Vid.* nesta dirección, e alí referencias á doutrina maioritaria que se produce en sentido contrario, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., J. SALAS (COORD.), Madrid, 1992, páxs. 662 a 666.

a falta de desenvolvemento regulamentario desta lei ou, especialmente, a ausencia dun procedemento xudicial eficaz, rápido e de baixo custo para posibilita-las reclamacións de danos polo consumo de bens e servicios, sobre todo se, como é habitual, son de escasa contía²⁵, é o certo que a adecuada protección do consumidor necesariamente ha de pasar por analizar previamente con detalle os límites das cláusulas de redución ou exoneración de responsabilidade do predispoñente.

Así as cousas, como complemento do disposto nos arts. 25 e segs. da LCU e da disposición adicional primeira engadida pola LCXC, e en tanto que inevitable garantía da aplicación dos criterios establecidos nos ditos preceptos para a adecuada tutela dos consumidores, resulta obrigado analiza-lo alcance, as consecuencias e os efectos das frecuentes cláusulas –habitualmente en condicións xerais– de limitación –ou, tamén, exclusión– de responsabilidade, pois a súa admisión sen condicionamentos deixaría sen sentido grande parte das normas tuitivas contidas na LCU e na LCXC.

Con esta finalidade tuteladora dos dereitos e intereses do consumidor, en diversas directivas ou propostas comunitarias prohibese, nos seus respectivos ámbitos²⁶, a limitación ou exoneración de responsabilidade e, con parecida orientación –aínda que con defectuosa redacción e discutible oportunidade e sistemática–, a LCU de 1984, despois de declarar reiteradamente, en aplicación do art. 6.2 do Código civil (CC) e en coherencia coa condición imperativa da propia LCU, o carácter irrenunciable dos dereitos dos consumidores recoñecidos na mencionada lei (arts. 2.3, na adquisición de bens ou servicios, e 10.1.c), xa sen esta desgraciada limitación), consideraba nulas “as limitacións absolutas de responsabilidade fronte ó consumidor e usuario e as relativas a utilidade ou finalidade esencial do produto ou servicio” (art. 10.1.c) 6 LCU)²⁷.

²⁵ Vid. o amplo tratamento dos aspectos procesuais que se leva adiante en Brasil no Código de defensa do consumidor que entrou en vigor o 11 de marzo de 1991 (Lei n.º 8078, do 11 de setembro de 1990), do que dá boa conta PELLEGRINI GRINOVER, A., “La nueva normativa brasileña del consumidor”, *Estudios sobre consumo*, n.º 25, decembro 1992, páxs. 13 e segs.

²⁶ Así, o art. 12 da Directiva 85/734/CEE, do 25 de xullo de 1985, publicada no *Diario Oficial de las Comunidades Europeas –DO–* núm. L 210, do 7 de agosto de 1985, relativa á aproximación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos estados membros en materia de responsabilidade polos danos causados por produtos defectuosos, o prazo dos cales para a adecuación dos ordenamentos respectivos dos estados membros expirou o 30 de xullo de 1988 (art. 19 da Directiva 85/734) ou o art. 7 da proposta da Directiva do Consello sobre responsabilidade do prestador de servicios (*DO* núm. C 12, do 18 de xaneiro de 1991).

²⁷ Neste sentido, SAP de Biscaia do 24 de xaneiro de 1994, que segue o criterio mantido na SAT de Oviedo do 6 de xullo de 1989 e na SAP de Valencia do 17 de outubro de 1990, ó enfrontarse a unha cláusula coa que unha axencia de viaxes limitaba a responsabilidade en caso de falta de aloxamento no hotel contratado; SAP de Oviedo do 22 de xaneiro de 1993 e SAP de Asturias do 28 de abril de 1994 para declarar

Tal crítica declaración, de dubidosa utilidade, só resultaba aplicable ós consumidores nos termos, tamén de difícil intelixibilidade, do art. 1 LCU²⁸, que non quedaron aclarados na Lei 7/1998²⁹ e, ó parecer, unicamente cando as cláusulas de limitación de responsabilidade formaban parte dos formularios contractuais de condicións xerais, irradiando, en calquera caso, a súa eficacia tanto para a responsabilidade contractual como para a extracontractual (art. 10.1 LCU).

Para o resto, para as cláusulas contidas nun contrato particular –así como para os non consumidores e tamén, nestes, para as modificacións convencionais da responsabilidade aquiliana–, habería de acudirse, para os efectos de concluí-la súa validez, ó disposto con carácter xeral nos arts. 1102 e 1255 CC, que, por outra parte, resultan tamén de aplicación para discerni-la validez –e licitude– das cláusulas limitativas introducidas nos módulos de contratación en masa.

En calquera caso, esta diferenza de trato para as mesmas cláusulas en función da súa inserción ou non en condicións xerais, imposta pola dicción literal do antigo art. 10 LCU e admitida por boa parte da doutrina, non deixaba de ser altamente cuestionable por inxusta, segundo xa sinalara F. de Castro³⁰, extremo este no que, por non desviarnos do tema obxecto do traballo, non nos podemos estender; aceptamos así, para efectos simplemente expositivos, a dicotomía tradicional en función da inserción ou non da cláusula en cuestión nos módulos de contratación uniforme, diversificación que, desde logo, tamén ten razóns xustificativas de peso e que, a pesar de ser omitida na proposta de directiva do Consello sobre cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores, sen embargo terminou sendo asumida tanto na proposta modificada de directiva do Consello como, en fin, na propia Directiva 93/13/CEE, do 5 de abril de 1993³¹, e na propia LCXC de 1998.

nula unha cláusula relativa ós intereses moratorios dun contrato de financiamento; SAP de Baleares do 23 de xuño de 1994 (Arzdi. C 1036) que declara abusiva unha cláusula sobre a duración dun contrato de arrendamento de servizos; do mesmo xeito, SAP de Madrid do 8 de xullo de 1994 (Arzdi. C 1486).

²⁸ Vid. as dúbidas que suscita en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Estudios, cit.*, páxs. 106 e segs.

²⁹ Así, mentres na exposición de motivos da LCXC se pon de relevo que “De conformidade coa directiva transposta, o consumidor protexido será non só o destinatario final dos bens e servizos obxecto do contrato, senón calquera persoa que actúe cun propósito alieo á súa actividade profesional”, sen embargo non se modificou o artigo 1/2 da LCU, que segue esixindo para a consideración legal de consumidor e usuario que sexan destinatarios finais.

³⁰ Cfr. “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *ADC* 1961, pág. 337, con cita de Möller (nt. 164).

³¹ *DO* núm. C 243, do 28 de setembro de 1990; *DO* núm. C 73, do 24 de marzo de 1992, e *DO* núm. L 95, do 21 de abril de 1993, respectivamente.

Agora ben, o lexislador español, como quedou dito, vai máis alá cá previsión da directiva, pois dicta unha lei de condicións xerais aplicables non só, como a directiva, ós contratos de consumo, senón tamén entre empresas ou profesionais, no ámbito da contratación mercantil, aínda cando neste último ámbito non establece a posibilidade de control do seu contido cando é abusivo, o cal constitúe un elemento esencial das condicións xerais.

Para concluír esta introducción, ha de destacarse que a eficacia das cláusulas limitativas ou exoneratorias de responsabilidade, tanto aquelas que figuran en condicións xerais como as incluídas en contratos particulares, non pode estenderse máis alá do consumidor concreto co que se estipulan, e é, ademais, necesario que o dito adquirente do produto as aceptara expresamente³² ou, incluso, de modo tácito, pero sempre suficientemente acreditativo da súa vontade de admisión, sendo neste aspecto de especial relevancia a reiterada xurisprudencia do Tribunal Supremo que se coída de sinala-la diferenza entre consentimento tácito e mero coñecemento³³.

Así, pode estimarse que o consumidor acepta aquelas cláusulas que figuran no certificado de garantía que o dito usuario lle remite ó predisponente, pero non cando figura só no produto ou nas súas instrucións de uso (...) ³⁴ e é por iso que a Directiva 93/13/CEE, sobre as cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores, inclúe na letra e) do número 1 do anexo, como exemplo de cláusulas, abusivas, aquelas que teñan por obxecto ou por efecto "facen constar de forma irrefragable a adhesión do consumidor a cláusulas, das cales non tivo a oportunidade de tomar coñecemento real antes da realización do contrato", o que, igualmente, se recolle na LCXC, na disposición adicional primeira, V, 20, cando considera abusivas "as declaracións de recepción ou de conformidade sobre feitos ficticios, e as declaracións de adhesión do consumidor a cláusulas, das cales non tivo coñecemento real antes da realización do contrato" ³⁵.

³² Así, SAP de Cádiz, sección 3ª, do 22 de marzo de 1997 (AC 874).

³³ SSTs do 19 de decembro de 1990 (Arzdi. 10287) e 11 de xuño de 1991 (Arzdi. 4445); con todo, o TS veu dotando de virtualidade como consentimento tácito a pasividade ou non oposición da esposa á actuación do seu marido (SSTs do 26 de marzo e do 3 de xullo de 1992, Arzdi. 2332 e 6049).

³⁴ PARRA LUCÁN, Mª. A., *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, páx. 451, nt. 345, seguindo a Camevali.

³⁵ Con motivo da emenda n.º 107 que o Grupo Parlamentario Catalán (CIU) lle presentou ó proxecto de LCXC (BOCG, CONGRESO, serie A, n.º 78-6, do 23 de outubro de 1997) suprimíuse a locución "insuficiente ou" na cláusula 20ª do apartado V da disposición adicional nova incorporada á LCU (no proxecto de lei a dita cláusula referíase ás "declaracións de recepción ou conformidade sobre feitos insuficientes ou ficticios"), ó ter en conta que tal expresión resultaba inintelixible, ademais de non figurar tampouco o suposto legal entre as cláusulas abusivas da Directiva 93/13/CEE.

Con tal orientación, na STS do 18 de xuño de 1990³⁶ non se ten en consideración unha cláusula de submisión á lei inglesa, pois no contrato de adhesión, asinado por ámbalas dúas partes, a meritada cláusula –que, segundo veremos, pode supoñer unha verdadeira, aínda que indirecta, limitación de responsabilidade do predispoñente–, figura nas condicións xerais unidas como anexo e ás que se refire o contrato, pero que non aparecen asinadas polos interesados, o que, igualmente, estimou a STS do 29 de abril de 1991³⁷, en aplicación do disposto no art. 3 da Lei do contrato de seguro.

Así mesmo, na STS do 29 de xaneiro de 1996³⁸ o Alto Tribunal mantén que nos contratos de adhesión, a subscripción e a aceptación expresa das condicións xerais determina o seu valor normativo e a vinculación para o tomador³⁹, polo que as condicións limitativas só terían valor e obrigarían a quen as subscribe, se este “de forma taxativa e por escrito ben determinante” as aceptara⁴⁰.

2. Límites xerais de validez das cláusulas limitativas

Polo que se refire ós límites que, con carácter xeral, han de respectarse para a validez dos pactos limitativos ou exoneratorios de responsabilidade, de aplicación na marxe da súa inclusión ou non en condicións xerais e con independencia do carácter contractual ou non da responsabilidade consecuente e da condición de consumidor ou usuario do acreedor ou dano, o art. 1255 CC prohíbe as estipulacións contrarias á lei, en remisión implícita, no noso ámbito, á norma imperativa prevista no art. 1102 CC (tamén art. 1107.2 CC), que consagra a nulidade –ausencia de validez e licitude– dos pactos de exención –ou limitación– de responsabilidade en caso de dolo.

Malia o silencio respecto disto no artigo 1103 CC sobre a prohibición de exonerarse de responsabilidade en caso de culpa grave, que sinalara xa a anella STS do 2 de xullo de 1875⁴¹ e que tamén aparece consagrado nos arts. 1299 do Código civil italiano e 100 do Código de obrigas suízo ou, así mesmo, nos actuais arts. 168.2 e 1366 CC, parece oportuno, na

³⁶ Arzdi. 4764.

³⁷ Arzdi. 3067.

³⁸ Arzdi. 738.

³⁹ STS do 8 de marzo de 1990 (Arzdi. 2424).

⁴⁰ STS do 7 de febreiro de 1992 (Arzdi. 838).

⁴¹ Xurisprudencia civil, colección completa das sentencias dictadas polo Tribunal Supremo publicada pola dirección da *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (JC), tomo XXXII, n.º 271, páxs. 354 e segs.

mesma dirección, considerar aplicable tamén ós supostos de culpa grave a prohibición que se contén respecto do dolo no artigo 1102 CC, segundo advirte un sector da doutrina e a xurisprudencia⁴², o que ten especial transcendencia se temos en conta que, como se destacou⁴³, vivimos na “era do accidente”, froito do desenvolvemento técnico e tecnolóxico, onde a fronteira entre a simple culpa e o caso fortuíto se difumina cada vez máis.

Neste punto, convén ter presente que a nulidade da cláusula non só virá determinada pola directa exclusión da responsabilidade por dolo (o que non será frecuente), senón, fundamentalmente, pola inclusión de limitacións que, subrepticamente, supoñen tal consecuencia, como aconteceu no caso xulgado na STS do 2 de outubro de 1992⁴⁴, na que se declara a nulidade dunha cláusula que limitaba a responsabilidade do constructor exclusivamente ós defectos ocultos das vivendas, pois, como se razoa na dita resolución, “pretende-la validez da estipulación que limita a cobertura dos dereitos dos compradores é facer posible a renuncia á acción por dolo (artigo 1.102), impedir que a negligencia sexa esixible en toda clase de obrigas (1.103) e deixalos absolutamente indefensos, o que impide incluso a Lei de consumidores”.

En segundo lugar, e en desenvolvemento do disposto no mesmo art. 1255 CC, carecen de validez –e de licitude– as cláusulas limitativas ou exoneratorias de responsabilidade contrarias á orde pública ou á moral –incluso aínda que non exista dolo ou culpa grave, casos nos que, de ordinario, o dito límite adquire maior virtualidade–, inciso que, no noso dereito, permite predica-la nulidade das cláusulas de exoneración ou limitación que afecten a danos á vida ou integridade física ou á dignidade das persoas, por contrarias á orde pública (art. 10 da Constitución española), segundo estima F. Jordano Fraga⁴⁵ ou, se se quere, ós bos costumes ou á moral, como conclúe M. García Amigo⁴⁶.

Igualmente, pola mesma razón de tipo público, é nulo calquera pacto que implique un abuso de posición económica fronte á contraparte (arts. 9 e 51 da Constitución)⁴⁷ ou as limitacións de responsabilidade deriva-

⁴² Así, SAT Oviedo do 6 de xullo de 1988 (a Lei 1989/2, 669). Vid. ampla información respecto disto en JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, páxs. 362 a 367 e PINTO MONTEIRO, A., *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coímbra 1985, páxs. 232 a 237, con detallada exposición do dereito comparado respecto disto.

⁴³ Cfr. PINTO MONTEIRO, A., “Cláusulas de responsabilidade civil”, separata do número especial do *Boletín da Facultade de Dereito de Coímbra* en homenaxe ó Prof. Dr. A. Rodrigues Queiró, Coímbra 1990, páxs. 18 e 19.

⁴⁴ Arzdí. 7516.

⁴⁵ *Op. cit.*, pág. 370.

⁴⁶ *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, pág. 163.

⁴⁷ A SAP de León do 7 de decembro de 1994 (Arzdí. 2163) declara a nulidade dunha

das do delito, que non por casualidade, como resaltou S. Díaz Alabart⁴⁸, foron excluídas da arbitraxe especial de consumo no art. 31 LCU e, tamén, despois, no art. 2.2.d) do Real decreto 636/1993, do 3 de maio, co que se regula o sistema arbitral de consumo.

Por último, para finalizar esta breve análise da validez das declaracións que reducen a responsabilidade dunha das partes de conformidade co réxime xeral, ha de terse presente que, no ámbito contractual, han de estimarse nulas, en principio, tódalas convencións que supoñan ou impliquen a exoneración total de responsabilidade do debedor, non xa só en virtude do disposto no art. 1911 CC senón, máis claramente, porque o art. 1256 do mesmo corpo legal prohíbe que quede ó arbitrio dunha das partes cumprir ou non cumprí-las súas obrigas⁴⁹.

Efectivamente, xa a STS do 4 de xullo de 1953⁵⁰ declarara nula a cláusula que figuraba incluída nun billete gratuíto concedido por RENFE, coa que esta se exoneraba de calquera “clase de prexuízos que puideran ocasionárselles ó portador do mesmo –billete– e ás demais persoas nel comprendidas” e, na mesma dirección, a SAP de Barcelona, sección 16ª, do 15 de novembro de 1990⁵¹, considera contraria á lei a que se refire o art. 1255 CC, por vulnera-la boa fe, a cláusula que figura nas bases dun concurso con premio na que se establece a exoneración de responsabilidade para o caso de perda ou deterioración da obra artística participante no concurso e, en consecuencia, conclúese que o promitente debe responder de tal perda ou deterioración en tódolos casos, excepto nos supostos de caso fortuíto ou forza maior⁵².

3. Límites específicos de validez de cláusulas limitativas para formularios de contratos de condicións xerais

Ante o panorama normativo precedentemente exposto, de aplicación tamén, reitérase, para as limitacións contidas en formularios de contratación uniforme, pode colixirse que resultaba ben evidente a escasa utilidade da disposición contida no apartado sexto do art. 10.1.c) LCU de 1984.

cláusula abusiva por comportar unha violación de orde público-económica en prexuízo do consumidor e en beneficio do banco.

⁴⁸ Cfr. *Comentarios, cit.*, páx. 290.

⁴⁹ Cfr., por todos, GULLÓN BALLESTEROS, A., *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Xustiza, Madrid, 1993, páx. 2055.

⁵⁰ Arzdi. 2017.

⁵¹ RGD 1991, páxs. 4333 e segs.

⁵² Este mesmo criterio xurisprudencial é o que mantén a xa citada SAP de Biscaia do 24 de xaneiro de 1994.

A dita inutilidade resulta tanto máis evidente se se ten en conta que os arts. 25 e segs. LCU establecen a responsabilidade xeral do subministrador, o que, en coherencia co carácter irrenunciante dos dereitos que a propia lei lle reconece ó consumidor (arts. 2.3 e antigo 10.1.c) LCU), entre os que se conta a existencia de responsabilidades reguladas nos ditos arts. 25 e segs., facía basicamente innecesaria a disposición contida no mencionado art. 10.1.c) 6 LCU, como, con acerto, se destacara⁵³, pois resultaba incluso dubidosa a razón xustificativa que podería, desde logo, aducirse de información ó consumidor⁵⁴ en tanto que iso non se compadece co seu perturbador e confuso teor literal.

En efecto, o primeiro parágrafo do art. 10.1.c) 6 LCU de 1984 declaraba ineficaces as limitacións *absolutas* de responsabilidade fronte ó consumidor se estas están incluídas en condicións xerais; logo, da súa dicción textual podería deducirse a indiscutible validez, sen matices, das limitacións non absolutas cuantitativa ou cualitativamente –exclusión para un concreto suposto ou ata unha específica cantidade ou a partir dun determinado período de tempo–.

Sen embargo, esta conclusión contradicía de modo claro a anteriormente sinalada necesaria restricción imposta, con carácter xeral, no art. 1255 CC, de tal modo que, aínda que non é absoluta a limitación de responsabilidade, é igualmente nulo o pacto de limitación contrario a unha existencia específica de orde pública, significativamente para danos provenientes de delitos ou, de modo especial, ante danos causados ás persoas, que son obxecto de específica atención no art. 18.a) do Decreto-lei portugués 446/85, do 25 de outubro, sobre “cláusulas contractuais xerais”⁵⁵ e na letra a) do núm. 1 do anexo da Directiva 93/13/CEE, do 5 de abril de 1993, sobre as cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores, que considera de tal condición aquelas estipulacións que teñan por obxecto ou por efecto “excluir ou limitar a responsabilidade legal do profesional en caso de morte ou danos físicos do consumidor debidos a unha acción ou omisión do mencionado profesional”.

Da mesma maneira, con base na aplicación dos arts. 1255 e 1102 CC, carece de validez a limitación, aínda relativa, de responsabilidade ante danos causados por dolo ou culpa grave (coñecendo ou debendo coñecer, coa dilixencia esixible a todo profesional, o carácter danoso do produto lanzado ó mercado), sobre todo tendo en conta o maior rigor empregado respecto disto pola xurisprudencia nos contratos de adhesión, pois incluso aquelas decisións que, por exemplo, non aceptan a equiparación entre o

⁵³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en BERCOVITZ, A. e R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, páxs. 210 e 211.

⁵⁴ *Vid.*, en cambio, tal alegación en DÍAZ ALABART, S., *Comentarios, cit.*, pág. 289.

⁵⁵ *Diário da República-I Série*, núm. 246.

dolo e a culpa grave, sen embargo deixan a salvo aqueles “supostos en que exista entre os contratantes unha desigualdade que non lle permitise ó acredor discuti-la cláusula co seu debedor”, segundo se advirte na SAP Bilbao do 22 de maio de 1987⁵⁶, o que, expresamente, se sancionaba no art. 20 da proposta de anteproxecto de lei de condicións xerais da contratación, na súa segunda redacción⁵⁷.

Logo, a única novidade da primeira parte do art. 10.1.c) 6 LCU de 1984, respecto do réxime de limitacións xeral precedentemente exposto, radicaba en que carecían de validez as limitacións de responsabilidade que tiveran carácter absoluto nos casos de culpa leve se se encontraran incluídas nos formularios de contratación uniforme e, loxicamente, se foran aceptadas polo consumidor, o que, por outra parte, xa tiña a súa correspondente sanción xeral de conformidade co disposto nos arts. 1256 e 1911 CC.

A dita regulación, en principio, parecía un réxime menos tuitivo do consumidor có derivado, se non existise tal inciso, dunha interpretación combinada dos arts. 25 a 28 da LCU de 1984, todo o que, en fin, parecía, como noutras ocasións xa sinalei, de dubidosa oportunidade no marco da enumeración dun elenco de cláusulas abusivas introducidas en condicións xerais –potencialmente máis perigosas para o consumidor cós contratos particulares–, tanto máis se se ten en conta a aplicabilidade dos arts. 25 e segs. para todo consumidor, contratante ou non, na marxe do contido das condicións xerais.

Á parte de todo iso, resulta que, ademais, tampouco era demasiado acertada a conclusión derivada do primeiro inciso do art. 10.1.c) 6 LCU pois non sempre nin necesariamente sempre son válidas as limitacións non absolutas de responsabilidade con culpa leve, en tanto que será igualmente nula unha declaración con tal contido limitativo que rompa o equilibrio das prestacións como, por exemplo, nos supostos nos que, como contrapartida, non se lle ofrezca ó consumidor a obtención do beneficio dun prezo notoriamente reducido⁵⁸.

O segundo inciso do antigo art. 10.1.c) 6 LCU declaraba inválidas as limitacións –non se sabe ben se absolutas ou non– de responsabilidade relativas á utilidade ou á finalidade esencial do produto ou do servizo se estas estiveren recollidas en condicións xerais, o que é, outra vez, unha aclaración ou especificación do disposto en diversos preceptos da LCU, que consagra nos arts. 2.1.b)⁵⁹, 2.1.c), 8.1 e 27.1.a) o dereito –básico e irrenunciabile– do consumidor á utilidade ou á finalidade esencial do produto ou servizo e, ademais, non só en condicións xerais.

⁵⁶ A Lei 1987/4, 125.

⁵⁷ *Boletín de Información do Ministerio de Xustiza*, 1988, páxs. 148 e segs.

⁵⁸ Cfr. DÍAZ ALABART, S., *Comentarios*, cit., pág. 290.

⁵⁹ A nova LCXC, no apartado 1 da súa disposición adicional primeira, modificou

Outra vez, en fin, pode concluírse a innecesariedade da mención, que, como destacaba R. Bercovitz Rodríguez-Cano⁶⁰, só podía servir para introducir confusión sobre o alcance dos dereitos que a lei lles reconece en todo caso e con carácter imperativo ó consumidor e ó usuario, tal e como se destacaba, se ben *obiter dictum*, –pois no caso nin se trataba dun acto de consumo nin de consumidor ou demandante– na SAP Valencia, sección 7ª, do 17 de outubro de 1990⁶¹, na que se poñía de relevo que a anterior redacción do art. 10, na súa integridade “pola súa excesiva xeneralización e imprecisión (...) é orixe dunha verdadeira inseguridade xurídica, cunha eficacia máis que discutible”.

Boa proba do carácter superfluo do dito inciso é que non foi alegado nin aplicado na SAP de Barcelona, sección 1ª, do 24 de xaneiro de 1991⁶², para determina-la nulidade da cláusula dun ticket de aparcamento a través da cal a empresa que o explota se exonera de responsabilidade por roubo, danos a terceiros ou substraccións, pois tal conclusión de ausencia de validez da dita cláusula fundamentouse no caso, tanto nos límites xerais do art. 1255 CC canto nos dereitos básicos do consumidor que predicán as letras c) e f) do art. 2.1 LCU e que teñen carácter irrenunciable a teor do art. 2.3 LCU, así como tamén na prohibición do antigo inciso 8 do art. 10.1.c) –actualmente, na disposición adicional primeira da LCXC de 1998, IV, 19⁶³– sobre o investimento da carga da proba e, incluso, tamén daquelas cláusulas que impliquen limitacións absolutas de responsabilidade que consideraba abusivas o propio inciso 6º do art. 10.1.c) en termos que anteriormente advertimos e que na actualidade se contemplan na LCXC de 1998.

En calquera caso, no dito suposto tradicional de contrato de garaxe⁶⁴ non foi preciso recorrer á segunda parte do mentado precepto para con-

o parágrafo b) do apartado 1 do artigo 2 da LCU de 1984, que queda redactado da seguinte forma: “Son dereitos básicos dos consumidores e usuarios a protección dos seus lexítimos intereses económicos e sociais; en particular, fronte á inclusión de cláusulas abusivas nos contratos”.

⁶⁰ Cfr. *Estudios, cit.*, páx. 211.

⁶¹ A Lei, 1991-2, 171.

⁶² RGD 1991, páx. 6666 e segs.

⁶³ Despois de que o Grupo Parlamentario Catalán (CIU) presentara a emenda núm. 106 ó Proxecto de LCXC, CONGRESO, serie A, núm. 78-6, do 23 de outubro de 1997, para os efectos de engadir *in fine* un texto na cláusula 19ª do apartado IV da disposición adicional nova incorporada á LCU (a súa xustificación era a de axustalo precepto legal ó teor literal do artigo 1.q) do anexo da directiva trasposta), esta quedou redactada da seguinte maneira: “A imposición da carga da proba en prexuízo do consumidor nos casos en que debería corresponderlle á outra parte contratante”.

⁶⁴ *Vid.*, por todas, a SAP Madrid do 3 de outubro de 1987 (A Lei 1987-4, 578) na que se pon de relevo que son obrigas do encargado do garaxe as de poñer un lugar suficiente, determinado ou indeterminado, segundo as peculiares condicións convidas,

siderar non posta a cláusula en cuestión e, desde a perspectiva contraria, igualmente nun contrato de aparcamento, na SAP de Madrid, sección 11^a, do 14 de abril de 1992⁶⁵ tampouco se requiriu un pacto escrito para entender nacida a obriga de vixilancia do vehículo, pois o servizo que ofrece o aparcamento lévaa implícita como consecuencia coherente co uso e coa boa fe (art. 1258 CC) con carácter “indisponíble ó ser esixible polo consumidor (artigo 8.1 en relación co 2.1 B e 2.3 da referida lei)” en tanto que integrante da utilidade ou da finalidade esencial do produto ou servizo⁶⁶.

Así mesmo, na SAP Palencia do 30 de marzo de 1992⁶⁷ foi suficiente a invocación da disposición xenérica contida no antigo apartado 3 do art. 10.1.c), en combinación coas normas xerais que preconizan os arts. 1256 e 1258 CC, para considerar nula a cláusula que figuraba nunha póliza de seguro multirrisco en virtude da cal, despois de especificar que un dos riscos cubertos é a caída dun raio, se consideran excluídos os danos causados pola caída do raio nas instalacións, aparellos eléctricos e os seus accesorios e, en consecuencia, para condena-la compañía de seguros a indemniza-los danos causados ó caer un raio na antena de televisión situada no tellado do edificio, no baixo do cal se sitúa o comercio dos asegurados.

Neste caso resultou innecesario aplica-lo inciso 6, na súa última parte, pois a AP Palencia, coa aplicación dos preceptos anteriormente mencionados, concluíu, igualmente, a nulidade da cláusula en cuestión ó considerar que a mesma contraviña claramente a finalidade esencial do contrato de seguro, polo menos no que a un dos riscos cubertos, a caída do raio, se refería, pois se diso se pretendía excluí-la caída en instalacións eléctricas, “é dificilmente imaxinable o citado risco”, á parte de que “sería coloca-lo asegurado nunha situación de franca desvantaxe en relación co asegurador, vulnera-las consecuencias que fosen conformes á boa fe e deixa-la eficacia do contrato (...) ó arbitrio dunha das partes”, como, con acerto, se razoa na dita sentenza.

En efecto, exactamente igual que non resulta necesario o dito inciso no ámbito do contrato de seguro co obxecto de concluí-la nulidade das cláusulas de exclusión de cobertura para aqueles danos causados pola conducta dolosa ou con negligencia grave do asegurado ou que teñan a súa

á disposición do usuario para a situación do seu vehículo, a vixilancia deste e a obriga de devolvello ó seu propietario no mesmo estado en que lle foi entregado.

⁶⁵ AC 548/1992.

⁶⁶ Vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., “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, páxs. 7 e segs.

⁶⁷ A Lei 1992-4, 213.

orixe na ausencia de adopción das medidas de seguridade adecuadas, posto que as ditas cláusulas contradín xa claramente o dereito á finalidade ou á utilidade esencial, á prestación propia do contrato de seguro que se consagra no art. 76, co carácter imperativo que respecto disto predica o art. 2, ámbolos dous da Lei do contrato de seguro, que lle impide ó asegurador que poida imputarlle á vítima que o dano se debeu á conducta dolosa do asegurado e, así, unha cláusula con tal contido limitativo foi declarada ineficaz polas SSTS do 9 de novembro de 1990⁶⁸ e do 10 de xuño de 1991⁶⁹, se ben en ámbolos dous casos concorrían outras razóns xustificativas da aludida nulidade, en concreto non seren asinadas individualmente en contravención ó disposto no art. 3.1 *in fine* da Lei do contrato de seguro.

4. Pactos de limitación indirecta de responsabilidade

Outra boa mostra das deficiencias da LCU de 1984 na materia da que nos ocupamos radica en que, malia ser innecesariamente explícita na inclusión de determinadas cláusulas abusivas na enumeración exemplificativa, non exhaustiva –“entre outras”– do art. 10 que xa se encontraban sancionadas –e de maneira máis clara e efectiva– no resto do articulado da lei ou noutras normas do ordenamento xurídico, sen embargo, resultaban desgraciadamente silenciadas outras que, de ordinario, adoitan incluírse en condicións xerais, a específica mención das cales devén tanto máis necesaria non só xa pola súa frecuencia e importancia intrínseca senón, sobre todo, por canto que, polo que a nós nos interesa, pode ser máis dubidoso en tales supostos a súa condición abusiva na medida en que nos mesmos a limitación de responsabilidade se produce con carácter indirecto⁷⁰ e porque, ademais, precisamente por iso, dificilmente espertan sospeitas do seu carácter abusivo no consumidor medio⁷¹.

⁶⁸ Arzdi. 8535.

⁶⁹ Arzdi. 4434.

⁷⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios...*, cit., páx. 213, pon como exemplos as limitacións á facultade de opoñer excepcións, prórrogas ou renovacións contractuais tácitas, rexeitamento da excepción de compensación...

⁷¹ Vid. DÍAZ ALABART, S., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, BERCOVITZ R., e J. SALAS (coord.), Madrid 1992, páx. 293 e “Las cláusulas contractuales abusivas”, en *Contratos de adhesión*, cit., páx. 62. Iso ten especial relevancia precisamente porque, como se evidencia da resolución da Sentencia do Tribunal Supremo, STS, do 30 de novembro de 1993 (AC 355/1994), para analiza-la validez das cláusulas dun contrato hai que especifica-la concreta cláusula e o precepto que conculca non só porque o recurso de casación ten carácter extraordinario e non é unha nova instancia senón tamén “porque se lle crearía unha patente indefensión

Así, e tal e como defendín noutras ocasións, estrañaba o esquecemento da expresa prohibición de incluír en condicións xerais a imposición de renuncias ó propio foro⁷² –entre o que se conta, xa, especialmente, o sometemento a un dereito estranxeiro a que se refería a mencionada STS do 18 de xuño de 1990⁷³–, que se encontra comprendida, desde logo, no art. 2.3.2 e antigo 10.1.c.) 10 LCU ou no art. 6.2 da Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores⁷⁴ e que se contemplaba expresamente no art. 22 do Anteproxecto de condicións xerais, segunda redacción⁷⁵, e, antes, no art. 14 da Lei de venda de bens mobles a prazos con carácter imperativo, segundo se destaca na STS do 12 de decembro de 1991⁷⁶, ou no art. 121.1, da Lei de arrendamentos urbanos (mantense tamén no art. 32 do Proxecto de lei do 30 de decembro de 1992) ou no art. 1 da Lei de represión da usura, do 23 de xullo de 1908 ou, en fin, no art. 24 da Lei 90/1980, sobre contrato de seguro.

A dita cláusula, a pesar de ser lícita no noso dereito (art. 56 da Lei de procesamento civil⁷⁷, por certo non aplicable nin ós xuízos

á parte recorrida, que non coñecería os argumentos –si existisen– en prol da súa ilegalidade, polo que nada podería alegar en contra para defenderse”.

⁷² Respecto da consideración de cláusulas abusivas, a renuncia á submisión de foro propio está recoñecida como abusiva desde a Resolución do Consello de Europa do 16 de novembro de 1976 e consiste nun pacto que frecuentemente se inclúe nos contratos de adhesión, mediante o cal o adherente se compromete a litigar no foro que determinase o predispoñente en calquera tipo de contenda, renunciando ó que lle correspondería de conformidade coas regras da competencia, o que provoca un desequilibrio en prexuízo do adherente-consumidor (*Vid.* REYES LÓPEZ, M^a Jesús, “Condiciones Generales de la Contratación: características de la nueva Ley. Comentario a la Sentencia del TS de 28 de noviembre de 1997”. *Rec. Núm.* 1829/1997 (RJ 1997, 8435), en *Revista de Derecho Patrimonial*, editorial Aranzadi, 1998).

⁷³ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi -Arzdi.- 4764, no que non se ten en consideración unha cláusula de submisión á lei inglesa, pois no contrato de adhesión, asinado por ámbalas dúas partes, a meritada cláusula figura nas condicións xerais unidas como anexo e ás que se refire o contrato, pero que non aparecen asinadas polos interesados.

⁷⁴ *Diario Oficial das Comunidades Europeas* n.º L 95, do 21 de abril de 1993.

⁷⁵ *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1988, páxs. 148 e segs. *Vid.*, en igual dirección, o art. 23 do anteproxecto na terceira redacción ultimada polo Ministerio de Xustiza no outono de 1991, onde se especifica que “as cláusulas de condicións xerais non poderán conte-lo pacto de submisión expresa a xuíz ou a tribunal distinto do que lle corresponda ó domicilio do adherente”.

⁷⁶ Arzdi. 8996.

⁷⁷ *Vid.* sobre os requisitos que deben de cubrir para a validez da cláusula de submisión expresa SSTS do 18 de febreiro de 1993 (Arzdi. 1241) onde se declara nula porque non contén unha renuncia clara e terminante ó seu foro propio, e 19 do mesmo mes e ano (Arzdi. 998) na que se conteñen referencias xurisprudenciais sobre a validez de cláusulas submisorias que figuran ó dorso dos contratos e albarás, o que constituíu o obxecto de debate na dita decisión entre dúas empresas e 17 de marzo de 1993 (Arzdi. 2019) onde tamén se inclúe ampla información xurisprudencial, que considera

verbais⁷⁸ nin ós executivos trala nova redacción dos artigos 717 e 1439 do dito texto legal dada pola Lei 10/1992, do 30 de abril, de medidas urxentes de reforma procesual), sen embargo, ó dificultar ou obstaculiza-lo exercicio das accións de resarcimento do adherente, supón unha verdadeira limitación da responsabilidade do predispoñente ou, por mellor dicir, unha auténtica indefensión para o consumidor, polo menos en boa parte das ocasións⁷⁹. Esta foi a razón que moveu o lexislador a engadirlle, a través da nova LCXC, unha disposición adicional primeira á LCU de 1984, que regula, no seu apartado V, puntos 27 e 28, como cláusulas abusivas "a previsión de pactos de submisión expresa a xuíz ou a tribunal distinto do que lle corresponda ó domicilio do consumidor, ó lugar do cumprimento da obriga ou a aquel en que se encontre o ben se fora inmovible, así como os de renuncia ou transacción respecto do dereito do consumidor á elección de fedatario competente segundo a lei para autoriza-lo documento público en que inicial ou posteriormente teña que formalizarse o contrato"⁸⁰ e "a submisión do contrato a un dereito estranxeiro con respecto ó lugar onde o consumidor emita a súa declaración negocial ou onde o profesional desenvolva a actividade dirixida á promoción de contratos de igual ou similar natureza".

Non obstante, con anterioridade á entrada en vigor da LCXC, houbo situacións nas que resultaba de equidade a validez e eficacia da cláusula de submisión, como sucedeu, por exemplo, no suposto xulgado nas SSTS

suficiente, para que nun contrato conste a submisión expresa, que se deduza da súa expresión a atribución a un xuíz determinado sen que sexa preciso empregar-las mesmas palabras do artigo 58.2 do mentado texto procesual. Outra información sobre o particular en ILLESCAS RUS, A. V., "La sumisión expresa en los contratos de adhesión", en *Contratos de adhesión, cit.*, páxs. 413 a 424.

⁷⁸ De conformidade cos cales decídense os procesos civís, calquera que sexa a súa contía, relativos á indemnización dos danos e prexuízos ocasionados con motivo da circulación de vehículos de motor de acordo coa disposición adicional primeira/1 da Lei orgánica 3/1989, do 21 de xuño, de actualización do Código penal.

⁷⁹ Vid. as críticas respecto disto de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios, cit.*, pág. 204; DÍAZ ALABART, S., *Comentarios, cit.*, pág. 271 e VILLALBA ÁLAVA, M., "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*, páxs. 791 e 792, 1992.

⁸⁰ O texto afástase da redacción da directiva comunitaria, pois fai referencia a estas cláusulas no apartado q) como as que teñan por obxecto "suprimir ou obstaculiza-lo exercicio de accións xudiciais ou de recursos por parte do consumidor (...)". Por outro lado, hai que facer constata-lo éxito obtido pola emenda n.º 111 presentada polo Grupo Parlamentario Catalán (CIU) ó Proxecto de LCXC (BOCG, CONGRESO, serie A, n.º 78-6, do 23 de outubro de 1997), para os efectos de suprimi-la palabra "exclusivo" ("...dereito exclusivo do consumidor...") na cláusula 27ª do apartado V da disposición adicional nova incorporada á LCU, posto que a elección do fedatario non é un dereito exclusivo de ningunha das partes, senón de ámbalas dúas.

do 31 de maio de 1991⁸¹ e 22 de xullo de 1992⁸², que decidiron en idéntico sentido sobre igual presuposto fáctico suscitado entre as mesmas partes contendentes, ó acceder á casación por dúas vías procedementais diferentes, e nas que se declaraba a procedencia dunha cláusula de submisión expresa que sobresaía de forma nítida no contrato perfeccionado e, en consecuencia, admitíase a reclamación de cantidade por parte do empresario contra o consumidor –comunidade de propietarios– que indebidamente resolvera o contrato, deixando, en parte, impagada a prestación efectuada pola actora.

Agora ben, con independencia da xustiza do caso concreto, era o certo que, de acordo coas disposicións contidas na LCU de 1984, o exame e a decisión por parte dos tribunais sobre a validez ou non da cláusula de submisión, como atinadamente se razoaba nas dúas decisións ultimamente citadas, supoñían pronunciamentos de fondo “despois de ponderalas obrigas que asumiron os contratantes en función da súa situación, contía dos intereses en xogo, posibilidade de actuación, deseño perfecto ou menos perfecto da bilateralidade, desprazamento da onerosidade a unha soa das partes, boa fe, etc. Todo iso, tralo debate e trala proba...”.

Diso podía razoablemente inferirse que a ausencia de inclusión da condición xeral que lle impoñía ó adherente a renuncia ó propio foro no elenco do antigo art. 10 LCU favorecía e propiciaba, inescusablemente, a xeneralizada utilización desta nos modelos de contratos de adhesión, pois, segundo sinalamos, só tralo detido estudio do fondo da realidade comercial subsumida, e nunca no xuízo previo de competencia⁸³, podían chegar os nosos tribunais a aprecia-lo carácter abusivo da cláusula en cuestión, o que, en definitiva, dificilmente acaecía, pois ante a dificultade que supón para o adherente litigar lonxe do seu domicilio, sobre todo se a contía da súa reclamación non é elevada, habitualmente declinaba impetra-la tutela dos seus dereitos ante os tribunais.

Á parte disto, e co texto da LCU anterior ás modificacións que veu introducir a LCXC, a solución que adoptarían os órganos xudiciais distaba moito de ser clara, como se evidenciaba da discrepancia posta de manifesto polo Auto do 5 de setembro de 1991 da AP de Málaga, sección 4^a⁸⁴,

⁸¹ Arzdi. 3955.

⁸² Arzdi. 6449.

⁸³ En termos empregados pola citada STS do 31 de maio de 1991 (Arzdi. 3955). Téñase en conta, non obstante, as distintas formas en que se poden formula-las diferentes cuestións de competencia territorial, sexa a través do exame previo cando se invoque por parte do actor a submisión expresa, como está establecido para o xuízo de cognición no art. 32 do Decreto do 21 de novembro de 1952, de procedementos ante a xustiza municipal, ou, no seu caso, a través da inhibitoria ou declinatoria dos arts. 72 e segs. da LEC.

⁸⁴ RGD 1992, páxs. 7618 e segs.

no suposto xulgado nas dúas sentencias do Tribunal Supremo a que vimos facendo referencia e, así, fronte á decisión maioritaria, que, en aplicación do preceptuado na anterior redacción do art. 10, núm. 1. c), 3.2 e 4 LCU, considerou nula a cláusula de renuncia ó foro propio que figuraba no contrato totalmente impreso redactado previa e unilateralmente pola empresa constructora e a aplicación do cal non podía evitar o usuario ou consumidor, a comunidade de propietarios, que quixera obter o servicio, pola contra un dos maxistrados formulou un voto particular no que consideraba de plena validez a cláusula en cuestión, o que, posteriormente, ratificou o TS.

Así mesmo, tal conclusión, a validez dunha cláusula de submisión expresa, aínda inserida no reverso do documento e malia que a sinatura se estampara no anverso, foi asumida pola SAP de Madrid, sección 11^a, do 21 de xaneiro de 1992⁸⁵, na que se aducía en prol de tal decisión que a rúbrica do contratante –que no caso era comerciante e non consumidor, polo que se trataba dunha declaración *obiter dictum*– figuraba xusto debaixo da declaración de coñecer e aceptar na súa totalidade as condicións xerais que figuraban ó dorso do contrato, e non se apreciaba, no caso, o esixido desequilibrio nin prexuízo desproporcionado ou de maneira non equitativa entre as partes.

Non obstante, con base na Directiva 93/13/CEE, e como mostra da sempre oscilante xurisprudencia respecto disto, as SSTS do 8 de novembro de 1996 (Arzdi. 7954) e do 1 de febreiro de 1997 (Arzdi. 672), fiéis ó criterio mantido, entre outras, polas SSTS do 23 de xullo de 1993 (Arzdi. 6476), 20 de xullo de 1994 (Arzdi. 6518), 12 de xullo de 1996 (Arzdi. 5580), 14 de setembro de 1996 (Arzdi. 6715), 23 de setembro de 1996, 30 de novembro de 1996, 12 de maio de 1997, 11 de outubro de 1997, 28 de novembro de 1997, 20 de febreiro de 1998 e 25 de febreiro de 1998, supuxeron un cambio de orientación xurisprudencial respecto das dúas sentencias comentadas, que recoñecían como abusiva a cláusula de submisión expresa⁸⁶. De tal recoñecemento, do que me mostrei sempre de-

⁸⁵ RGD 1992, páxs. 5806 e segs.

⁸⁶ O cambio de orientación xurisprudencial veu motivado non só pola directiva comunitaria, senón tamén pola nova redacción da Lei de procesamento civil por Lei 10/1992, do 30 de abril, de medidas urxentes de reforma procesual, ó enlazar directamente a súa exposición de motivos, os pactos de prórroga de foro e a protección dos consumidores, pois 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”, TORRES LANA, J.A., “Prórroga del fuero y protección de los consumidores en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. No mesmo sentido, VALLS LLORET, J. D., “Comentario a la sentencia del

fensor, participou o lexislador á hora de redacta-la nova LCXC, como así puxen de manifesto anteriormente, o que, en último termo, non pode ser senón acollido favorablemente, non só polo carácter abusivo da cláusula en cuestión senón, tamén, pola incerteza xudicial que ocasionaba a súa inclusión, segundo se puido ver.

Seguindo coa exposición das lagoas que presentaba a LCU de 1984 no tocante a especifica-la nulidade daquelas cláusulas de limitación indirecta de responsabilidade en prexuízo do consumidor, tamén resultaba criticable que non tiveran un apartado propio no elenco do art. 10 LCU as cláusulas penais excesivas ou por atrasos mínimos (acaso, incluíbles no antigo n.º 5 do art. 10.1.c) nos termos que posteriormente exporemos) ou aquelas que alteraban a duración dos prazos, alongándoos para o proponente e acurtándoos para o consumidor⁸⁷, ou que establecían prazos excesivos para incorrer en mora o predisponente ou que acurtaban os prazos legais de prescrición ou que establecían uns novos de caducidade das accións de esixencia de responsabilidade en tales termos que, ou ben por si sós ou, quizais, pola esixencia de posteriores requisitos –de proba ou formais–, facían excesivamente difícil o exercicio dos dereitos do consumidor⁸⁸ ou, en fin, aquelas outras cláusulas nas que a enumeración dos supostos nos que non se respondía deixaban, en realidade, a obriga ó arbitrio do predisponente⁸⁹.

Sobre tales aspectos, que na actualidade aparecen, en parte, regulados na disposición adicional primeira que a nova LCXC veu engadirlle á LCU,

Tribunal Supremo de 12 de julio de 1996”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 43, 1997, páx. 89.

⁸⁷ Cfr. POLO, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1990, páxs. 111 e 112 e artigo 8 do Anteproxecto da LCXC, terceira redacción, onde se declaraba que “as cláusulas de condicións xerais non poderán reservarlle ó predisponente un prazo excesivamente longo ou insuficientemente determinado, atendida a natureza e circunstancias do contrato, para aceptar ou rexeitar unha oferta contractual ou para satisfacer a prestación debida”, o que, agora, segundo se dirá no texto, aparece regulado na disposición adicional primeira, I, 1ª, da LCXC, cando considera abusivas “as cláusulas que lle reserven ó profesional que contrata co consumidor un prazo excesivamente longo ou insuficientemente determinado para aceptar ou rexeitar unha oferta contractual ou satisfacer a prestación debida, así como as que prevean a prórroga automática dun contrato de duración determinada se o consumidor non se manifesta en contra, e fixa unha data límite que non lle permita de maneira efectiva ó consumidor manifesta-la súa vontade de non prorrogalo”.

⁸⁸ Cfr. JORDANO FRAGA, E., *op. cit.*, páxs. 422 e 423 e art. 20.1 do terceiro anteproxecto de condicións xerais, no cal se advertía que “as cláusulas de condicións xerais non poderán establecer que as declaracións ou comunicacións que deba efectuar o adherente no marco do contrato teñan de suxeitarse a requisitos de forma ou envío máis rigorosos cá forma escrita ou có correo certificado, respectivamente”.

⁸⁹ Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, Madrid, 1993, páx. 354.

a varias veces mencionada Directiva comunitaria sobre as cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores, no número 1 do anexo, considera que son abusivas as cláusulas que tiveran por obxecto ou por efecto "impoñerlle ó consumidor que non cumpra as súas obrigas unha indemnización desproporcionalmente alta" –letra e– ou "autoriza-lo profesional para rescindi-lo contrato discrecionalmente, se ó consumidor non se lle recoñece a mesma facultade..." –letra f)– ou, tamén, "autoriza-lo profesional a poñerlle fin a un contrato de duración indefinida, sen notificación previa con antelación razoable, salvo por motivos graves" –letra g)– ou, en fin, "prorrogar automaticamente un contrato de duración determinada se o consumidor non se manifesta en contra, cando se fixou unha data límite demasiado afastada para que o consumidor exprese a súa vontade de non prorrogalo" –letra h)–.

Agora na disposición adicional primeira, I, 1ª, 2ª e 3ª da LCXC, considéranse abusivas "as cláusulas que lle reserven ó profesional que contrata co consumidor un prazo excesivamente longo ou insuficientemente determinado para aceptar ou rexeitar unha oferta contractual ou para satisfacer a prestación debida, así como as que prevexan a prórroga automática dun contrato de duración determinada se o consumidor non se manifesta en contra, e se fixa unha data límite que non lle permita de maneira efectiva ó consumidor manifesta-la súa vontade de non prorrogalo", e estima en igual sentido, "a reserva a favor do profesional de facultades de interpretación ou de modificación unilateral do contrato sen motivos válidos especificados neste, así como a de resolver anticipadamente un contrato con prazo determinado se ó consumidor non se lle recoñece a mesma facultade ou a de resolver nun prazo desproporcionadamente breve ou sen previa notificación con antelación razoable un contrato por tempo indefinido, salvo por incumprimento do contrato ou por motivos graves que alteren as circunstancias que motivaron a realización deste"⁹⁰, tralo que

⁹⁰ O Grupo Parlamentario Catalán (CIU) na emenda n.º 102 presentada ó Proxecto de LCXC (BOCG, CONGRESO, serie A, n.º 78-6, do 23 de outubro de 1997), para os efectos de modifica-la cláusula 2ª do apartado I da disposición adicional nova incorporada á LCU, propuxo con éxito unha nova redacción desta á que se lle engadiu a expresión "...ou se ó consumidor non se lle recoñece a mesma facultade...". A xustificación argüida por CIU foi a de "incluí-lo establecido para estes supostos no apartado f) do anexo da Directiva 93/13/CEE obxecto de transposición, no sentido de autoriza-lo profesional para rescindi-lo contrato discrecionalmente, se ó consumidor non se lle recoñece a mesma facultade, ó resultar evidente que o recoñecemento desta facultade resolutiva anticipada elimina automaticamente o carácter abusivo da cláusula.

Así mesmo, por considerar conveniente que se recolla expresamente a exclusión xunto cos motivos graves do incumprimento do contrato para que non quede ningunha dúbida de que a resolución dos contratos por parte do profesional nos casos de impago do prezo é perfectamente posible. Neste sentido, debemos ter en conta que a ausencia de pago por parte do cliente do prezo do contrato rompe o equilibrio das

tamén se inclúe entre as cláusulas abusivas “a vinculación incondicionada do consumidor ó contrato aínda cando o profesional non cumprira coas súas obrigas, ou a imposición dunha indemnización desproporcionada-mente alta ó consumidor que non cumpra as súas obrigas”⁹¹.

En xeral, ha de concluírse que todas aquelas cláusulas, incluídas en condicións xerais, que, aínda de modo indirecto, dificultan excesiva e inxustificadamente o exercicio da esixencia de responsabilidade por parte do consumidor, impondo condicións especialmente onerosas para este, deben de ser consideradas abusivas, tal e como se prevía, expresamente, nos incisos 8º e 9º do antigo art. 10.1.c) LCU.

Os mentados apartados, respectivamente, rexeitaban o investimento da carga da proba en prexuízo do consumidor ou usuario –dentro do espírito do cal debían incluírse aqueles pactos que limitaran os medios de proba que puider utilizar o consumidor, segundo puntualiza S. Díaz Alabart⁹², como, por exemplo, aqueles que limitaran a proba do pago á presentación de recibos⁹³...– e a imposición ó usuario da obtención dun previo recoñecemento da súa reclamación por parte dalgunha Administración pública ou dos xuíces ou tribunais para conseguilo correspondente cumprimento por parte do produtor ou subministrador das súas obrigas ou prestacións propias.

prestacións entre as partes, e encádrase, polo tanto, entre os motivos graves que dan dereito á resolución deste”.

⁹¹ Esta cláusula foi obxecto de dúas emendas (núms. 103 e 141) presentadas por dous partidos diferentes, as propostas dos cales prosperaron (BOCG, CONGRESO, serie A, n.º 78-6, do 23 de outubro de 1997). A emenda n.º 103 foi presentada polo Grupo Parlamentario Catalán (CIU), a través da proposición do cal se lle engadiu á cláusula 3ª do apartado I da disposición adicional nova a frase “aínda cando o profesional non cumprira coas súas obrigas,...”. Pola súa parte, a emenda n.º 141, presentada polo Grupo Popular, modificou o texto da citada cláusula dándolle a súa redacción definitiva. Ámbalas dúas emendas tiveron a súa xustificación en axusta-lo concepto de “vinculación incondicional ó consumidor” ó establecido pola directiva trasposta (anexo 1, O), eliminando en cambio a referencia ás prórrogas ou preavisos que xa están incluídos no apartado primeiro desta mesma disposición ó tratar das prórrogas automáticas dos contratos.

⁹² Cfr. *Comentarios, cit.*, páx. 300 e “Las cláusulas contractuales abusivas” en *Contratos de adhesión, cit.*, páx. 65.

⁹³ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios, cit.*, páx. 213. Na sentenza da AP das Palmas, sección 2ª, do 5 de xullo de 1993 (Aranzadi Civil, Arzdi. C., 1940/1993-II), en aplicación, entre outras normas, do referido apartado 8º, desestímase o recurso da entidade de crédito sobre reclamación de cantidade precisamente porque non xustificou o saldo debedor nin a concreción dos intereses aplicados, e non admite que a liquidación unilateral da suposta débeda, aínda certificada por fedatario mercantil, resulte suficiente para acredita-la cuantificación desta. Conclúe que é a entidade en cuestión a que ha de probalo que insta para o seu cumprimento ó seren nulas as condicións que implican a necesidade de investimento da carga da proba en prexuízo do consumidor ou usuario.

Respecto disto, con grande claridade, no número 1, letra q) do anexo da supradita Directiva 93/13/CEE sobre as cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores, considéranse abusivas as cláusulas que tiveran por obxecto ou por efecto “suprimir ou obstaculiza-lo exercicio de accións xudiciais ou de recursos por parte do consumidor, en particular obrigándoo a dirixirse exclusivamente a unha xurisdicción de arbitraje non cuberta polas disposicións xurídicas, limitando indebidamente os medios de proba á súa disposición ou imponéndolle unha carga da proba que, conforme a lexislación aplicable, debería corresponderlle a outra parte contratante”⁹⁴, e considéranse na disposición adicional primeira, IV, 19, da LCXC abusivas “a imposición da carga da proba en prexuízo do consumidor nos casos en que debería corresponderlle á outra parte contratante”, así como “a submisión a arbitrxes distintas da de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionais creados por normas legais para un sector o un suposto específico” (*ibídem*, V, 26).

Da mesma maneira, se ben desde outra perspectiva, son abusivas as cláusulas introducidas en formularios de contratación en masa que, se ben non supoñen unha redución de responsabilidade para o predispoñente, sen embargo, aumentan inxustificadamente a responsabilidade do adherente.

Con tal orientación resultaba nula, a teor do antigo inciso 7º do art. 10/1.c) LCU, a frecuente cláusula que trata de facer repercutir sobre o consumidor os fallos, defectos ou erros administrativos, bancarios ou de domiciliación de pagos non directamente imputables ó usuario, de tal modo que non resultaba válida a exención de responsabilidade por parte do empresario ou profesional –habitualmente, bancario– ante danos producidos pola falta de dilixencia esixible e aínda cando existise previamente un fallo, defecto ou erro do consumidor e, en tal sentido, a STS do 23 de decembro de 1954⁹⁵ declarara nula a cláusula imposta polo Banco Exterior de España coa que se exoneraba de toda responsabilidade “pola perda de efectos e documentos en camiño... e calquera negligencia dos nosos correspondentes...”, o cal, na actual LCXC, na disposición adicional primeira, V, 21, aparece, baixo a consideración de abusiva, sinalándose como tal “a transmisión ó consumidor das consecuencias económicas de erros administrativos ou de xestión que non lle sexan imputables”.

En concreto, ante cheques ou tarxetas de crédito extraviados, non é válido e eficaz o pagamento –e non resulta aplicable o art. 1164 CC, como precisara a STS do 16 de xaneiro de 1928⁹⁶– cando non existiu unha

⁹⁴ As SSTS do 8 de novembro de 1996 (Arzdi. 7954) e do 30 de novembro de 1996 (Arzdi. 8457) sérvense da transcripción literal da mencionada directiva como fundamento.

⁹⁵ Arzdi. 3168.

⁹⁶ Xurisprudencia civil, Colección completa das sentencias dictadas polo Tribunal

comprobación diligente- por exemplo, se a sinatura groseiramente difire da autorizada- con independencia e na marxe da ausencia de prevención por escrito, por parte do usuario, da perda ou substracción e, todo iso sen prexuízo de que a gravidade do descoido do consumidor pode producir, segundo veremos, a lóxica minoración da contía da indemnización, de conformidade coa doutrina xurisprudencial da compensación de culpas construída ó abeiro do artigo 1.103 CC, como conclúe, con ampla información, a SAP de Madrid, sección 21ª, do 31 de marzo de 1993⁹⁷.

Efectivamente, no caso concreto de pago dun cheque falso, como se sinala na STS do 15 de xullo de 1988⁹⁸, “as antigas discusións teóricas sobre quen ha de soporta-las consecuencias dunha falsificación quedaron, en certo modo, dilucidadas, pola Lei 19/1985, do 16 de xullo, cambiaria e do cheque, no seu artigo 156 que (...) recolle a doutrina anterior dominante e lle impon ó Banco o dano resultante dun cheque falsificado, sempre que non se demostre a culpa do librador...”. A dita imputación de responsabilidade ó empresario de banca é plenamente consecuente co

Supremo publicada pola dirección da *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 180, n.º 67, páxs. 419 e segs.

⁹⁷ RGD 1993, páxs. 6268 e segs. Vid. no sentido do texto, en xeral, sobre a diminución do dereito á indemnización do consumidor ante a concorrencia da culpa do danado e defecto do produto, o artigo 8 da Directiva 85/734/CEE e o artigo 9 do Projecto de lei de responsabilidade civil polos danos causados por produtos defectuosos (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* do 20 de decembro de 1993), ó que só se lle presentou unha emenda, a número 33, por parte do Grupo de Coalición Canaria, que propón o texto “compensación de culpas” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* do 22 de febreiro de 1994) e, na doutrina, ROJO, A., “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, páxs. 156 e 157; PARRA LUCÁN, Mª. A. *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, páxs. 401 e 402 e BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios, cit.*, páxs. 691 e 692; pero véxase en contra de tal posible redución, JIMÉNEZ DE PARGA, R., “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, pág. 652. Sobre as declaracións xurisprudenciais que se inclinan por moderar equitativamente a contía da indemnización en caso de concorrencia de culpas, SSTS do 27 de xullo de 1992 (Arzdi. 6461); 12 e 24 de febreiro de 1993 (Arzdi. 762 e 1251) e, especificamente en aplicación da LCU, 29 de maio de 1993 (Arzdi. 4052).

⁹⁸ Arzdi. 5717. Vid., sobre o particular, ultimamente MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado*, Valladolid, 1993, especialmente páxs. 123 a 137, onde, fronte á conclusión que expuxemos na nota anterior, pon de relevo que no suposto singular de pago de cheque falso ou falsificado, a concorrencia de culpas, se a intervención do librado e do librador ten igual alcance, producirá unha compensación das condutas negligentes das partes que trae como consecuencia a imputación do dano ó librado, quen na súa primaria e básica perspectiva vén obrigado ó seu resarcimento polo artigo 156 da Lei cambiaria, tralo que conclúe que só poderá alterarse o principio xeral instaurado no dito precepto se o comportamento máis significado respecto do pago indebido recae sobre o librador, de sorte que fose totalmente decisivo para alcanza-lo dito resultado.

espírito da LCU, segundo advertiu G. Batlle Sales⁹⁹, quen pon de relevo que o banco só poderá eximirse da responsabilidade se proba non só a súa conducta dilixente, senón a culpa do librador, o que produce un auténtico investimento da carga da proba.

Agora ben, a actuación dilixente do profesional, a quen, na comprobación das firmas, se lle esixe o esmero e celo dun comerciante experto que xeralmente exerce funcións de depósito e comisión, segundo reiterada xurisprudencia (STS do 30 de setembro de 1985¹⁰⁰ e a xa mencionada do 15 de xullo de 1988) e a ausencia de dilixencia por parte do usuario –de acordo co *stándar* do bo pai de familia– exonera de responsabilidade ó primeiro en termos que posteriormente comprobaremos con maior detalle ó analiza-la culpa exclusiva da vítima.

Así, na STS do 7 de xuño de 1984¹⁰¹ non se aprecia conducta negligente do empregado dun banco que aboou o importe dun talón porque a falsificación deste era perfecta, o que “fixo posible o seu paso como certo, lexítimo e coa sinatura exacta á auténtica, circunstancias que evidentemente impiden reprocharlle ó empregado unha conducta culposa ou incumplidora dos normais deberes da súa función, incluso dos máis esixentes, relativos á comprobación do documento e á identidade do posuidor do cheque, de tal maneira aparentemente lexítimos e certos que precisaría de técnicas especiais, non esixidas polo uso comercial no ámbito do contrato en cuestión” e, en consecuencia, absólvese o banco depositario da reclamación de cantidade interposta polo depositante dun contrato de conta corrente ante o aboamento por un empregado da entidade do importe dun talón contra a conta do actor a quen lle substraeran o talonario.

Con todo, aínda que no suposto fáctico ultimamente citado non se fai alusión a tal aspecto, para que iso suceda, para que o banco poida eximirse de responsabilidade, é necesario que, de conformidade coa disposición contida no artigo 156 da Lei cambiaria e do cheque, probe que a conducta do consumidor –librador no suposto do cheque extraviado– é culposa, pois se este actúa sen culpa, aínda cando o banco empregara a dilixencia debida requirida pola súa condición de empresario, o dano seralle imputable ó profesional bancario en virtude da doutrina do risco profesional e, en conclusión, non lle pode imputar ó consumidor as consecuencias do pago, segundo se decidiu no caso xulgado na varias veces mencionada STS do 15 de xullo de 1988¹⁰², onde se pon de relevo a grande

⁹⁹ Cfr. “Notas al art. 156 de la Ley cambiaria y del cheque”, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, páx. 78 e *Pago del cheque falso: responsabilidad del banco*, Madrid 1991, páx. 18, onde se pon de relevo que o banco só poderá eximirse da responsabilidade se proba non só a súa conducta dilixente, senón a culpa do librador.

¹⁰⁰ Arzdi. 4565.

¹⁰¹ Arzdi. 3217.

¹⁰² A esta sentenza faise referencia como fundamento de dereito na SAP de Gra-

dificultade que, en determinadas ocasións, supón discrimina-la existencia de culpa no desenvolvemento da actividade bancaria, pois dous dos maxistrados formulan un voto particular co que discrepan respecto da conducta da entidade bancaria e do consumidor, ó cualifica-la actitude da primeira de dilixente e, pola contra, de negligente a do usuario.

En efecto, non sempre resulta tan evidente a ausencia de dilixencia do empregado da entidade bancaria como no suposto xulgado na SAP Madrid, sección 19^a, do 6 de novembro de 1992¹⁰³, onde se considera responsable o banco demandado nun suposto de disposición de efectivo por quen non é titular dunha libreta de aforro que se extraviara e rexéitase a alegación do banco de conducta negligente do titular da cartilla por non custodiala debidamente pois, no caso, o empregado “non só non comprobou a identidade da sinatura (...) senón que non adoptou a elemental precaución de esixi-la exhibición do DNI...”.

Así mesmo, con parecida orientación, na SAP Madrid, sección 19^a, do 4 de febreiro de 1993¹⁰⁴ conclúese que o banco debe de soportar as consecuencias que se deriven da indebida utilización da tarxeta de crédito ó non probar que existira algún tipo de negligencia por parte do titular da tarxeta na custodia do número ou clave secreta, queda, pola contra, plenamente acreditado que o banco incumpriu as súas obrigas ó non tomar precaucións para asegurarse da recepción da tarxeta de crédito renovada por parte do seu titular, o que non puido probar fronte á negativa de recepción deste, ó que se lle remitira por correo ordinario o exemplar da tarxeta que tería que substituí-la xa caducada, o cal chegou a poder dun terceiro non autorizado.

En calquera caso, sobre este aspecto tan frecuente, a imputación de responsabilidade dentro dos contratos de crédito e de conta corrente, nos supostos de pago indebido por cheques extraviados ou subtraídos, e como corolario de canto anteriormente adiantamos, pode deducirse que, a teor do disposto na LCU nos incisos 6º e 7º do antigo art. 10.1.c) e na actual LCXC, na disposición adicional primeira, V, 21, e na propia lei cambiaria e do cheque, no seu art. 156, non resulta válida a exoneración de responsabilidade por parte da entidade de crédito naqueles supostos nos que non actuou coa dilixencia debida que require a súa condición de empresario, de modo tal que é nulo o pacto que pretende facer repercutir sobre o usuario do servizo bancario en exclusiva, as consecuencias deri-

nada do 14 de decembro de 1994 (Arzdi. 2262), na que se declara nula por contravención do artigo 10.1.c).6 unha cláusula na que unha entidade bancaria se exoneraba fronte ó depositario/consumidor da responsabilidade dimanante do contrato de depósito bancario.

¹⁰³ RGD 1993, páxs. 3740 e segs.

¹⁰⁴ RGD 1993, páxs. 6263 e segs.

vadas da ausencia de dilixencia debida por este na garda do talonario de cheques, que, en ningún caso, pode configurarse como exoneración de responsabilidade para a entidade de crédito, nin sequera baixo o pretexto da súa obriga de custodia¹⁰⁵.

Para finaliza-la análise da disposición contida na redacción anterior do artigo 10.1.7 LCU de 1984 en termos recollidos en parte na disposición adicional primeira, V, 21, da LCXC, exporemos catro decisións xudiciais de audiencias provinciais, dúas delas da Audiencia de Madrid, outra de Oviedo e a última de Córdoba, nas que se aplica ou se pretende a aplicación do mentado precepto.

Na primeira destas decisións, a AP de Madrid, sección 11ª, do 9 de outubro de 1990¹⁰⁶ considera nula a cláusula contractual contida nun contrato de conta de crédito na que se presume en favor da entidade de crédito e en contra do titular da conta que os saldos mensuais non impugnados por escrito no mes seguinte á súa liquidación son correctos e farán fe en xuízo, salvo proba en contrario, aínda cando o titular alegara que non recibira o extracto correspondente.

No dito caso, a AP de Madrid fundamenta a nulidade tanto na disposición contida no anteriormente aludido inciso 8 do art. 10.1.c), ó obrigar “o cliente a proba-la inexistencia da débeda escusando o banco do seu *onus probandi* ordinario, e é indiferente que a ese resultado se chegue por unha vía indirecta”¹⁰⁷, como na violación polo banco, do dereito á información do usuario que consagra o art. 13.1 LCU, canto, polo que agora nos interesa, no inciso 7 do repetido art. 10.1.c), posto que a entidade bancaria non probou suficientemente a utilización por parte do usuario da tarxeta de crédito da que se deriva o saldo debedor que reclama e non achegou os documentos acreditativos das operacións sen que, de conformidade co mencionado inciso 7, sexa posible aludir ou ampararse “na dificultade de achega-los comprobantes (dificultade dificilmente crible, e que pretende disimular unha neglixencia probatoria que evidencia o feito de que incluso os extractos que se achegan sexan simples fotocopias)”.

¹⁰⁵ *Vid.*, respecto disto AZORÍN RONCERO, J., “La Ley general de protección de los derechos de usuarios y consumidores”, *RGD*, núms. 490 e 491, 1985; NIETO CAROL, U., “Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios”, *AC* 1993, páx. 38; e MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *op. cit.*, páxs. 123 a 130, quen considera nula de pleno dereito toda cláusula dirixida, non a delimitar un específico contido negocial, senón a excluí-la responsabilidade do banco en caso de pago de cheque falso ou falsificado.

¹⁰⁶ *RGD* 1991, páx. 3210 e segs.

¹⁰⁷ Este mesmo fundamento de nulidade é utilizado pola SAP de León do 7 de decembro de 1994 (Arzdi. 2164) ó declarar que en “caso de reclamarse a débeda a través do exercicio da acción cambiaria se produce unha inversión da carga da proba en prexuízo do consumidor e prohibida no n.º 8 do citado artigo 10 n.º 1. c) LCU”.

A segunda sentenza da AP de Madrid, sección 11^a, do 14 de abril de 1992¹⁰⁸, foi exposta con anterioridade e refírese á obriga de vixilancia do vehículo depositado nun aparcamento por parte da empresa que o explota sen que, de ningún modo, poidan ser imputables ó usuario os fallos derivados da organización de tal vixilancia de conformidade co preceptuado respecto disto no inciso obxecto da nosa atención neste momento.

Na terceira das sentencias precedentemente anunciadas, do 27 de xuño de 1992, a AP de Oviedo, sección 1^a¹⁰⁹, aplica o inciso 7^o do art. 10.1.c) de modo especialmente favorable para o consumidor, e mantén un criterio que, con facilidade, pode ser fonte de posibles fraudes por parte do usuario dos servizos bancarios, pois, –revogando a decisión do xuíz *a quo*, que lle impuxera a carga da proba ó consumidor ó amparo do art. 1214 CC–, ante o atascamento ou irregularidade no funcionamento do “caixeiro automático” da entidade bancaria demandada, que lle impediu ó usuario realiza-la operación de ingreso dunha determinada cantidade, e fixo que xurdiran dúbidas sobre as causas da avaría e sobre o contido e o paradiroiro final do sobre que o actor introduciu no aludido caixeiro, considera que non é lícito “imputarlle ó usuario do servizo as consecuencias desfavorables do defectuoso funcionamento do dito mecanismo, sen proba ningunha da súa actuación dolosa ou de mala fe –que en ningún caso cabería presumir–” e, en consecuencia, conclúe que “acreditada a avaría e ó non probarse a culpa ou a mala fe do actor, os riscos e as consecuencias desta son a cargo da entidade demandada”.

Agora ben, na última das decisións ás que fixemos alusión, a AP de Córdoba, sección 1^a, na Sentencia do 19 de maio de 1992¹¹⁰, rexeita a aplicación do referido inciso 7^o do art. 10.1.c) LCU que invocara a parte demandada –que, ademais, non era consumidor ó non se-la destinataria final do produto– fronte á reclamación de cantidade por parte dunha compañía eléctrica que, por un erro na facturación, cobrou menos do que realmente correspondía en función do consumo de enerxía efectivamente detectado, e sinala que o dito inciso non resulta de aplicación ós supostos en que, como é o caso, “se está exercitando unha acción derivada de enriquecemento sen causa que obviamente debe prosperar...” posto que só establece que “as cláusulas que determinen a irrepercutibilidade do erro son contrarias á boa fe...”, todo o cal convén ter presente á hora de formular oportunamente as pretensións ante os órganos xurisdiccionais para

¹⁰⁸ AC 546/1992 manifesta en igual sentido, ante similar presuposto fáctico de falta de cumprimento por parte do titular do aparcamento da súa obriga de custodia organizativa, e en aplicación da mesma normativa da LCU, a SAP Cádiz, sección 2^a, do 29 de maio de 1992 (Arzdi. C. 829/1992).

¹⁰⁹ RGD, marzo 1993, n. 582, páxs. 2365 a 2366.

¹¹⁰ RGD 1992, páxs. 10829 e segs.

evitar que, ó amparo da dicción da normativa prevista na LCU, se viole groseiramente a verdadeira *ratio* do dito marco legal.

Por outra parte, coa mesma orientación que se mantíña no artigo 10.1.c) 7 LCU, carecen de validez, de conformidade co que parecía dispoñer o críptico inciso 5º do artigo 10.1.c), as condicións xerais que lle imponían ó consumidor indemnizacións ou penalizacións que non encontren a súa debida xustificación correlativa en vantaxes adicionais para o adherente¹¹¹, sobre todo cando non quedase patente, “coa debida claridade e separación”, que se trata de prestacións adicionais á principal que, en consecuencia, poden ser rexeitadas ou aceptadas en cada caso con independencia desta, da prestación principal.

De acordo coa finalidade que inspiraba este último apartado 5º do artigo 10.1.c), e con independencia da súa defectuosa redacción¹¹², debe de considerarse tamén abusiva, como expresamente se sinalaba no parágrafo 2º do artigo 21 do anteproxecto de condicións xerais, a cláusula que lle impida ó adherente probar que, malia a súa falta de cumprimento, non se produciu dano indemnizable o que, ó producirse tal dano como consecuencia do seu incumprimento, a contía deste é substancialmente inferior á cantidade globalmente establecida como indemnización, ou que, igualmente, se considera abusivo no anexo da Directiva 93/13/CEE, na letra e) do número 1, cando inclúe aquelas cláusulas que teñan por obxecto ou por efecto “impoñerlle ó consumidor que non cumpra as súas obrigas unha indemnización desproporcionadamente alta” cunha fórmula similar á consagrada no parágrafo 343 BGB (*unverhältnismässig hoch*) ou, como se advertía no artigo 21 do terceiro Anteproxecto de lei de condicións xerais, que establezan “unha cantidade que exceda substancialmente dos danos e prexuízos que previsiblemente poidan ocasionarse”.

Así mesmo, o parágrafo 1º do art. 21 da proposta de Anteproxecto de lei de condicións xerais declaraba que “as condicións xerais non poderán impoñerlle ó contratante sometido a estas o pagamento dunha indemnización non razoable en caso de incumprimento, total ou parcial, de resolución ou de renuncia do contrato”, o que permite entender que a prohibición se refire tanto ás penas de importe demasiado elevado en relación co dano causado ou, o que será frecuente, que non gardan rela-

¹¹¹ A STS do 28 de marzo de 1956 (Arzdi. 1539) declarou nula a cláusula prevista en caso de incendio coa cal a compañía aseguradora resultaría liberada de responsabilidade se o asegurado, para xustificar ou valoralos obxectos sinistrados esaxerara a contía dos danos.

¹¹² *Vid.* sobre a dificultade de situación da cláusula penal nos supostos do art. 10 LCU, e alí información, DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Madrid 1992, páxs. 483 a 491. En xeral, sobre o tema, recentemente, con outras referencias, RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Sobre la cláusula penal en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, páxs. 511 e segs.

ción coa levidade do incumprimento do consumidor como, tamén, ás que resulten ser demasiado baixas tal e como A. Pinto Monteiro¹¹³ defendeu en Portugal en relación co art. 19.c) do Decreto-lei 446/85, do 25 de outubro, sobre "cláusulas contractuais xerais"¹¹⁴, que inclúe entre as cláusulas relativamente prohibidas aquelas que "*consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir*", pero, en calquera caso, sen que caiba ningunha dúbida de que ha de considerarse vexatoria e abusiva toda cláusula penal que non sexa substitutiva dos danos e prexuízos causados, o que, sen embargo, non pode ser mantido, por exemplo, no dereito portugués¹¹⁵, e que é, na actualidade, contemplado, nas varias veces citada disposición adicional primeira, IV, 24, que considera abusivos "os incrementos de prezo por servicios accesorios, financiamento, aprazamentos, recargos, indemnización ou penalizacións que non correspondan a prestacións adicionais susceptibles de ser aceptados ou rexeitados, en cada caso expresados coa debida claridade ou separación".

En fin, o acerto –e a necesidade– de incluír no elenco de cláusulas abusivas a pena non substitutiva da indemnización de danos e prexuízos realmente producidos pode evidenciarse con relativa facilidade ante a doutrina establecida pola Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado nas resolucións do 8, 9, 10, 11 e 14 de outubro de 1991¹¹⁶, onde, nun contrato de compravenda a prazos no que a falta de pagamento dos dous últimos prazos ou do último deles ten o carácter de condición resolutoria explícita, se sostén que os medios de que dispón o rexistrador (art. 18 da Lei hipotecaria) lle impiden apreciar se ten carácter abusivo conforme a LCU unha cláusula en virtude da cal, no caso de resolución, o vendedor poderá detraer, para efectos da consignación do art. 175 do Regulamento hipotecario, unha determinada cantidade por cada mes ou fracción en concepto de renda polo uso da cousa e, ademais, en concepto de cláusula penal, a metade das cantidades satisfeitas, co límite en ámbolos dous casos do 20 por 100 do prezo total do predio vendido por cada ano transcorrido, todo iso á parte de quedar en beneficio do vendedor, sen dereito a indemnización, cantas obras e instalacións se realizasen na leira.

Pois ben, en tal caso en que, ademais da apropiación das melloras realizadas na leira, se introduciu unha cláusula que, como sinalou o

¹¹³ *Cláusula penal e indemnização*, Coímbra, 1990, páx. 598.

¹¹⁴ *Diário da República-I Série*, n.º 246.

¹¹⁵ *Vid. PINTO MONTEIRO A., op. ult. cit., páxs. 592 a 601*, onde demostra que no Decreto-lei 446/85 se distingue entre a cláusula penal, a función esencial da cal será coercitiva, e a cláusula simplemente indemnizatoria, pois fronte á regulación da primeira no art. 19.c), o art. 22.c) inclúe entre as cláusulas relativamente prohibidas aquelas que "*limiten a responsabilidade de quem as predisponha, por vício da prestação, a reparações ou a indemnizações pecuniárias predeterminadas*"

¹¹⁶ Arzdi. 7494, 7495, 7496, 7497 e 7498.

rexistrador no seu informe, é “estrictamente penal, que vai máis alá da indemnización do dano”, a Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado considera que o rexistrador carece de medios para aprecia-lo seu carácter abusivo, o que, ó parecer, aínda que non se di expresamente, se reserva á apreciación dos xuíces e tribunais, segundo alegou o notario no recurso gubernativo, con cita das resolucións do 16 de febreiro e do 16 de marzo de 1990¹¹⁷, de todo o cal pode, en fin, colixirse a necesidade da súa constatación na lei para clarifica-lo seu réxime xurídico¹¹⁸ en concordancia coa reiterada doutrina xurisprudencial que ordena que, ademais da necesidade de constar en pacto expreso, as cláusulas penais han de interpretarse restrictivamente¹¹⁹.

5. Pactos de limitación de responsabilidade permitidos

No art. 25 LCU determínase que a proba da culpa exclusiva –extensible tamén á culpa concorrente de forma determinante¹²⁰– do consumidor ou das persoas das que deba responder civilmente liberará de responsabilidade a calquera dos membros da cadea de produción e distribución, sobre os que, desde logo, debe recaer-la carga da proba, co que resulta suficiente que o consumidor demostre os danos e prexuízos, o defecto do produto e a relación de causalidade entre aqueles e este, tal e como expresamente se advirte na proposta de directiva do Consello sobre a responsabilidade do prestador de servizos no seu artigo 5, así como tamén se prevía no mesmo artigo 5 do Proxecto de lei de responsabilidade civil polos danos causados por produtos defectuosos.

¹¹⁷ Arzdi. 730 e 2301.

¹¹⁸ Vid. amplas referencias á xurisprudencia hipotecaria en relación co art. 10 LCU en CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M^a., *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, Madrid, 1993, páxs. 127 a 161 e “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, páxs. 122 a 138, así como en ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993, páxs. 1454 a 1478.

¹¹⁹ STS do 14 de febreiro de 1992 (Arzdi. 1270) e alí referencias. Vid. tamén ampla información en igual sentido na SAP de Barcelona, sección 15^a, do 29 de xaneiro de 1992 (Arzdi. C. 365/1992), onde precisamente, en aplicación da LCU, se considera abusiva a cláusula penal controvertida.

¹²⁰ Cfr. DÍAZ ALABART, S., *Comentarios*, cit., páx. 294.

É dicir, como se destaca na SAP de Cádiz, sección 1ª, do 7 de maio de 1992¹²¹, tendo en conta que a proba do consumidor, de que pola súa parte non houbo culpa, raia no diabólico, resulta correcto que a LCU, informada polo principio a prol do consumidor como principio xeral do ordenamento xurídico (art. 11 LCU), recollido expresamente na Constitución (art. 51), materialice “unha presunción *iuris tantum* de autoría do fabricante, que precisa para quedar exonerado da proba en contrario: a) sobre a culpa exclusiva do consumidor... e b) sobre o cumprimento das esixencias e requisitos regulamentariamente establecidos e os demais coitados e dilixencias que esixa a natureza do produto”.

Incluso, non hai inconveniente en que o nexos causal e o defecto do ben ou servizo se demostre a través da proba de presuncións, tal e como sucedeu no suposto xulgado, na SAP de Zaragoza do 13 de decembro de 1991, nun caso no que se condena o fabricante dunha botella de viño espumoso que estourou no carriño do supermercado no que a depositara a demandante no momento en que esta lla ía entregar á caixeira, e deduce que a explosión foi debida a un defecto da botella ou do embotellado do viño espumoso, e que, en consecuencia, é responsabilidade da fabricante, do feito de que esta non puidese demostrar ningunha outra explicación que resultase lóxica, pois non se considera convincente que a causa da explosión fora unha defectuosa manipulación da botella pola parte actora ou a unha defectuosa embalaxe porque, en tales eventos, o normal é que a botella estoupara ó ser golpeada ou desembalada.

Parecido presuposto fáctico, neste caso o estourido dunha botella de gasosa ó servirse por si mesmo o cliente nun hipermercado, acaeceu no suposto xulgado pola SAP de Huelva, do 20 de xullo de 1990¹²², que condena solidariamente o fabricante, distribuidor e vendedor en aplicación dos arts. 25 e 27.2 LCU precisamente porque tales demandados non levaron adiante a proba que a eles lles incumbía – “nin sequera intentaron levantar esta carga probatoria” – da súa propia dilixencia e da negligencia do consumidor na manipulación da botella, especificándose que, desde logo, non era este último o que debía proba-la culpa ou a negligencia dos demandados, o que, pola contra, non sucedería de ser aplicable o art. 1902 CC como se salientou na SAP Valencia, sección 7ª, do 10 de xullo de 1992¹²³ que, no mesmo caso de lesións producidas por estourar unha botella de gasosa e ante a imposibilidade de aplica-la LCU, pois o demandante é almacenista e expendedor a terceiros, non outorga a indemnización ó non probarse a culpa do fabricante, presuposto este, a culpa, sobre o que se continúa asentando o noso sistema de responsabilidade extracontractual

¹²¹ RGD 1992, páxs. 12291 e segs.

¹²² RGD 1991, páxs. 11515 e segs.

¹²³ RGD 1992, páxs. 10640 e segs.

e do que non é posible prescindir con carácter xeral¹²⁴, malia a reiterada xurisprudencia que, no campo aquiliano, se inclina cara á adopción dunha responsabilidade obxectiva ou por risco¹²⁵.

No mesmo sentido que a Audiencia de Huelva, e ante similar suposto de feito, producíronse tamén as SSAP de Valencia, sección 7^a, do 23 de outubro de 1989¹²⁶ e de Bilbao, sección 3^a, do 15 de xaneiro de 1990¹²⁷, nas que a condena ó pagamento das indemnizacións á vítima ante a rotura, en ámbolos dous casos, dunha botella de gasosa se fundamentou na aplicación dos arts. 25 e segs. da LCU, o que, igualmente, sucedeu na SAP de Barcelona, sección 16^a, do 4 de febreiro de 1992¹²⁸, na que se pon de relevo que “o verdadeiro problema do presente litixio, como tantas veces ocorre na problemática do produto defectuoso, estriba na proba do concretamente sucedido”, e na que se conclúe a responsabilidade solidaria do fabricante e vendedor ante a explosión dun recambio de sifón doméstico que causou graves feridas porque calquera das alternativas do informe pericial, sobrepresión de gas ou fatiga do material, implican produto defectuoso mentres que “pola contra, non hai base suficiente para pensar na incidencia dunha conducta negligente do propio prexudicado que interfirise na produción do evento...”.

Con análoga orientación, na SAP de Santander, sección 2^a, do 3 de abril de 1990¹²⁹, condénase o vendedor (ó descoñecerse o fabricante –pese a ser requirido aquel en acto de conciliación para identificar este–) dunha cafeteira, a asa da cal se desprende a primeira vez que o usuario a utilizaba espaxándose o café quente que lle causou lesións ó fillo menor do actor, e considérase que a causa eficiente dos danos é un defecto de fabricación da cafeteira, non froito de manipulacións posteriores “sendo de destacar que, pola propia dinámica dos feitos, resulta imposible esixir outras probas (...) que non sexan o testemuño das persoas que os presenciaron, como é normal que así sexa cando se trata dun suceso ocorrido nun domicilio particular”.

¹²⁴ En tal sentido, SSTS do 31 de xaneiro de 1989 (Arzdi. 182); 20 de febreiro de 1992 (Arzdi. 1326) e 12 de febreiro de 1993 (Arzdi. 762).

¹²⁵ Así, entre as últimas, para accidentes laborais, SSTS do 20 e 25 de febreiro de 1992 (Arzdi. 1325 e 1554); verbo de accidentes de ferrocarril, STS do 24 de xaneiro de 1992 (Arzdi. 207) e 24 de febreiro de 1993 (Arzdi. 1251), aínda que nesta última non se considera necesario acudir a tal tendencia...

¹²⁶ A Lei 1990-1, 723.

¹²⁷ Vid. exposición e comentario das ditas decisións realizado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Poder Judicial*, n.º 20, decembro 1990, “Dos casos judiciales de responsabilidad derivada de daños causados por productos defectuosos”, páxs. 69 a 73.

¹²⁸ RGD 1992, páxs. 7423 e segs.

¹²⁹ RGD 1991, páxs. 11598 e segs.

Así mesmo, na SAP Huelva do 15 de abril de 1988¹³⁰, en aplicación do art. 25 LCU, estímase a demanda que pretendía a correspondente indemnización ante a intoxicación padecida polo actor e os seus familiares, porque o propio demandado, que exercía unha actividade lucrativa susceptible de xerar riscos para os consumidores, recoñece que a causa do dano radica na inxestión dos aperitivos, elaborados con ovo, que lles servira e non probou que os ovos xa estaban en mal estado cando os adquiriu e que, polo tanto, a intoxicación non puido deberse á falta de atención no momento de compralos ou a unha mala conservación ou anti-hixiénica manipulación daqueles unha vez adquiridos.

Tamén, ante un presuposto fáctico que, con relativa frecuencia, se reitera na práctica forense, na SAP Lugo do 14 de outubro de 1991¹³¹ considérase acreditada a relación de causalidade entre o dano causado no vehículo entregado para ser reparado e unha acción ou omisión do taller de reparación de automóbiles, posto que a deterioración de determinadas pezas do vehículo se orixina indefectiblemente pola falta de regulación dos tempos do motor, que é unha operación absolutamente necesaria e relacionada ou inseparable da función da correa de distribución, para a colocación da cal se levou o coche ó taller e, resáltase que, ante tal suposto, “é o demandado quen ha de cargar co peso da proba tendente á súa exculpación ou á declaración da súa irresponsabilidade”.

Igualmente, ante similar suposto, na SAP Oviedo, sección 4^a, do 19 de outubro de 1992¹³² presúmese que a causa do accidente de circulación acaecido ó día seguinte en que o vehículo saíu do taller de reparación foi, precisamente, a defectuosa revisión que realizou a demandada, posto que se demostrou que o sinistro se produciu porque “se soltara a rótula da suspensión anterior esquerda, porque se encontraba frouxa ou deteriorada a rosca correspondente” e, así mesmo, que para a comprobación da causa por virtude da cal o vehículo se levou a revisión –a existencia duns rúidos estraños– resultaba, xustamente, “preciso desmontar e monta-la transmisión da roda dianteira esquerda”.

Da mesma maneira, a normativa derivada da LCU aplicouse na SAP Albacete do 18 de abril de 1990¹³³ para satisfacer a pretensión do comprador dun vehículo que, con escasos quilómetros rodados e dentro do período de garantía, se incendiou, o que lle causou danos que o fan inservible. O lume iniciouse no compartimento do motor “sen que se deduza a existencia dunha causa externa desencadeante do dano do vehículo

¹³⁰ A Lei, 1988-3, 701.

¹³¹ RGD 1992, páxs. 4730 e segs.

¹³² Aranzadi civil n.º. 4, ref. AP 1440.

¹³³ Sentencias en apelación das audiencias provinciais en materia civil e penal, 1990, núm 359, páxs. 337 e segs.

nin que, doutra parte, se demostrase a exacta causa determinante do referido evento” nin que o dono do coche incumprise os controis regulamentarios esixidos, polo cal se presume o nexo causal entre o dano e o defecto do vehículo en tanto que “se ben non se demostrou o evento desencadeante do incendio, tampouco se descartou que o incendio se xerara por un fallo de tipo mecánico, o que constitúe unha presunción de probabilidade de fallo mecánico que as entidades demandadas –vendedor e fabricante– deberon desvirtuar...”.

En cambio, o que, pola contra, non se compadece facilmente cos datos legais, en concreto cos vixentes arts. 1214 e 1253 CC, é a decisión mantida nas SSTS do 25 de marzo de 1991¹³⁴, ante danos ocasionados pola explosión dun foguete, e 23 de maio de 1991¹³⁵, nun caso en que un automóbil se incendia e arde na estrada, pois, precisamente, en ámbolos dous supostos, como de maneira velada vén recoñecer o propio Tribunal Supremo, a causa xeradora do dano pode ser moi variada e, se ben é aceptable presumir a existencia dun defecto do produto que causa un dano se non existe ningunha outra explicación razoable que xustifique o feito producido, sen embargo, se as causas deste poden ser moi diversas, non é certo que o fabricante deba probar que o dano se produciu por causa allea a el, posto que no noso ordenamento xurídico non existe ningunha presunción legal da existencia do nexo causal a favor do consumidor.

En canto á mencionada culpa exclusiva da vítima, esta habitualmente consistirá no incorrecto uso e consumo de bens e servicios, dos danos dos cales o art. 28.1 LCU *a sensu contrario* exclúe de responsabilidade ó subministrador e produtor, o que, pola súa vez, debe ser posto en relación co preceptuado nos arts. 3.2 e 13.f) LCU, que obrigan a poñer en coñecemento do consumidor de modo veraz, eficaz e suficiente as instrucións ou indicacións para o correcto uso ou consumo dos bens ou servicios así como advertilo dos riscos previsibles en función da propia natureza do ben e das persoas ás que van ser destinados, tendo neste punto especial relevancia a Directiva 87/357/CEE, sobre produtos de aparencia enganosa que poñen en perigo a saúde ou a seguridade dos consumidores, a fabricación e comercialización dos cales foi prohibida polo Real decreto 820/1990, do 22 de xuño.

Pois ben, da interpretación combinada dos preceptos da LCU anteriormente expostos pode deducirse que, se pacte ou non, é válida a li-

¹³⁴ Arzdi. 2443.

¹³⁵ Arzdi. 3784, comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Cuadernos Cívil de Jurisprudencia Civil 1991*, núm. 26, páxs. 603 e segs., onde destaca que o “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”.

mitación ou exoneración de responsabilidade ante danos causados por culpa exclusiva da vítima, a pesar do uso ou consumo correcto do produto (así, un diabético que inxire produtos contraindicados para o seu padecemento) pero tamén que o fabricante terá que responder dos danos, aínda ocasionados por un uso incorrecto do consumidor se este non foi advertido dos riscos do produto.

Así as cousas, e na marxe dos casos de culpa exclusiva da vítima, adquiren especial transcendencia as instrucións de uso ou consumo do produto e, así, na STS do 3 de outubro de 1991¹³⁶ condénase a entidade productora dun insecticida a indemnizalo actor ante os danos ocasionados, polo dito produto, na súa colleita de limoeiros, posto que na etiqueta adherida ós envases do insecticida figuraba anunciado este como eficaz para erradicar a praga que sufría a colleita cando en realidade carecía desa anunciada eficacia e, ademais, a súa aplicación ocasionou a perda da colleita e, igualmente, se ben en aplicación dos usos a que se refire o art. 1258 CC, na STS do 23 de marzo de 1988¹³⁷ se condena a empresa titular da explotación dunha estación de esquí a responder dos accidentes debidos á falta de información sobre o estado perigoso das pistas.

De novo, ante a proba que fai o consumidor, nos termos anteriormente anunciados, do dano, o defecto do produto e a relación de causalidade, correspóndelle ó empresario demostrar non só o estado normal do produto ou o uso incorrecto do mesmo senón, tamén, polo menos en xeral, "a adecuada información ó consumidor sobre o perigo do produto e as formas de evitalos" como conclúe a SAP Bilbao, sección 4ª, do 27 de xaneiro de 1993¹³⁸ na que se condena a compañía productora e a distribuidora dunha bombona de gas butano que, ó intentar cambiala o consumidor, estourou e na que se destaca que ás empresas demandadas, para exonerarse de responsabilidade, lles incumbía demostrar o uso incorrecto que o consumidor fixo da bombona así como que nela incorporan, en termos patentes e claros, a debida información sobre o dito uso "nin que a mencionada información alerte sobre operacións ou manipulacións do produto que entrañen uso incorrecto ou risco do consumidor", o que, ó non considerarse probado no curso do procedemento, supón a condena solidaria dos demandados.

O referido deber de información dos caracteres e, tamén, dos posibles riscos xerados polo uso ou consumo do produto só pode excepcionarse naqueles casos nos que se aprecie que tales riscos son xeralmente coñecidos ou de fácil recognoscibilidade e, así, na actualidade, non parece que poida prosperar a reclamación de danos e prexuízos á saúde irrogados por

¹³⁶ Arzdi. 6902.

¹³⁷ Arzdi. 2226.

¹³⁸ AC 576/1993.

beber alcol ou por fumar en exceso e, aínda, para tales casos, se exige a correcta información.

Efectivamente, sobre este último aspecto, a Directiva 89/622/CEE, do 13 de novembro¹³⁹, relativa á aproximación ás disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos estados membros en materia de etiquetado dos produtos do tabaco sinala, no seu art. 4, apdo. 1, que “tódalas unidades de envasado dos produtos do tabaco deberán levar na súa cara máis visible (...) a advertencia xeral: “Prexudica seriamente a saúde” e, a continuación, no seu apdo. 2, engade que “nos paquetes de cigarros, a outra cara maior do envase levará (...) advertencias específicas...” alternando entre a lista de advertencias establecida por cada Estado partindo exclusivamente das que se recollen no anexo da directiva e as advertencias específicas que se tomen en consideración. Sinalarase no anexo que, obrigatoriamente deberán figurar nas listas nacionais as advertencias “Fumar provoca cancro” e “Fumar provoca enfermidades cardiovasculares”, incluíndose despois outras entre as que poderán elixir os estados membros.

Non obstante iso, é o certo que, como adiantamos, a ausencia de dilixencia da vítima non queda enervada, en principio, pola falta de información dos riscos do produto se estes son de xeral coñecemento e, así, a SAP de Valencia, sección 7ª, do 31 de xullo de 1991¹⁴⁰, sen prexuízo das eventuais responsabilidades administrativas, considera que non cabe imputarlle responsabilidade á empresa fabricante ou vendedora pola falta de advertencia no etiquetado do produto pirotécnico dos posibles perigos ou precaucións no seu manexo “dado o coñecemento que en calquera persoa cabe presumir acerca do particular risco que o material pirotécnico encerra, coas conseguíntes cautelas que, na súa utilización se imponen, seguindo unha conducta dilixente que se ha de acentuar cando se trate de elementos cunhas tales peculiaridades”, do cal se estima que se revela consciente a vítima, que, ademais, no momento de lle adquirilo material ó comerciante, non realizou ningunha petición de información sobre instrucións de manexo.

En calquera caso, e na marxe destes elementos de risco, en que, segundo declarou a STS do 21 de xullo de 1989¹⁴¹, ó parecer do cal se adhire a SAP de Valencia ultimamente citada, non é suficiente a adopción dunha dilixencia media, senón que é preciso esgota-la adecuada ós deberes de coidado propios da disposición e manexo do mecanismo perigoso, a dilixencia en cuestión, como regra xeral, para determina-la culpa exclusiva da vítima, ha de ser examinada en relación non co consumidor medio ou bo pai de familia senón con referencia ó suxeito típico ó que poten-

¹³⁹ DOCE núm. L 359, do 8 de decembro de 1989.

¹⁴⁰ RGD 1991, páxs. 9440 e segs.

¹⁴¹ Arzdi. 5772.

cialmente pode ir destinado o produto (consumidor-tipo) con especial atención, no seu caso, ós denominados "consumidores de ghetto"¹⁴² ou "subconsumidores" (nenos, anciáns, persoas carentes de medios económicos ou de cultura...)¹⁴³.

En relación con este último aspecto, teñen particular relevancia a Directiva 88/378/CEE, do 3 de maio¹⁴⁴, relativa á aproximación das lexislacións dos estados membros sobre a seguridade dos xoguetes e 88/379/CEE, do 7 de xuño¹⁴⁵, sobre a aproximación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos estados membros relativas á clasificación, envasado e etiquetado de preparados perigosos así como a Directiva da Comisión 90/35, do 19 de decembro de 1989¹⁴⁶, pola que se definen, de conformidade co artigo 6 da Directiva 88/739/CEE, as categorías de preparados, os envases dos cales deben ir provistos dun peche de seguridade para nenos e/ou dunha indicación de perigo que sexa detectable ó tacto.

Con todo, convén destacar, segundo anteriormente adiantamos, as dificultades que, en determinados casos, pode entrañar acredita-la conducta negligente do consumidor, posto que se ben resulta relativamente fácil demostrar que o dano sufrido foi causado por inxerir un produto que, segundo se reflicte con claridade no seu envase ou envoltorio, caducara

¹⁴² Vid. PINTO MONTEIRO, A., "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, páx. 766, con cita de G. Alpa.

¹⁴³ Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, páxs. 173 a 175 e "La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos", *Estudios sobre consumo*, núm. 18, páxs. 43 a 48.

¹⁴⁴ DO, n.º L 187/1, do 16 de xullo de 1988, na cal, no seu quinto considerando, se resalta que, co fin de que o produto non comprometa a seguridade e/ou saúde dos usuarios ou terceiros, "o grao de seguridade do xoguete debe establecerse segundo o criterio da utilización conforme o destino do produto pero tendo en conta tamén o uso previsible deste -o produto-, respecto do comportamento habitual dos nenos, que normalmente carecen do grao de "diligencia media" propia do usuario adulto" e, por iso, no art. 2.1 se sinala que "os xoguetes só poderán comercializarse se non comprometen a seguridade e/ou a saúde dos usuarios ou de terceiros, cando se utilicen para o seu destino normal ou se utilicen conforme o seu uso previsible tendo en conta o comportamento habitual dos nenos". A súa transposición ó dereito interno produciuse polo Real decreto 880/1990, do 29 de xullo, que estableceu normas de seguridade nos xoguetes.

¹⁴⁵ DO, núm. L 187/14, do 16 de xullo de 1988, que, no seu art. 6.1.b), sinala que "os estados membros tomarán tódalas medidas oportunas para que (...) os recipientes que conteñan preparados perigosos ofrecidos ou vendidos ó público en xeral non poidan ter unha forma e/ou unha decoración gráfica que poidan atraer ou excita-la curiosidade activa dos nenos ou inducir a erro ó consumidor...". Vid. un caso de infracción da normativa vixente sobre etiquetado de produtos tóxicos na sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 23 de setembro de 1992 (RGD 1993, páxs. 2161 e segs.).

¹⁴⁶ DO, núm. L 19/14, do 24 de xaneiro de 1990.

xa, sen embargo, a carga probatoria devén francamente complicada cando o dano se pretende derivar da consumición dun alimento, o mal estado do cal non se debe a un defecto orixinario senón á ausencia das precaucións que a súa correcta conservación esixía¹⁴⁷.

Así mesmo, ha de advertirse das dificultades que se poden producir naqueles supostos nos que, como ocorre con algúns medicamentos, nas instrucións de uso, consumo ou utilización se especifica que o mesmo haberá de realizarse baixo prescrición facultativa ou coa supervisión do subministrador, en tal caso, se se demostra que o produto se encontraba en bo estado e reunía as condicións necesarias de seguridade, será o profesional o que deba de responder dos danos causados¹⁴⁸, tal e como se decidiu na STS do 14 de novembro de 1984¹⁴⁹ ante a perda dunha colleita por incorrecta aplicación dun insecticida, as instrucións, moi detalladas, conclúen coa indicación, cualificada de “importante”, de que debía utilizarse “baixo control directo do distribuidor”, que foi condenado por considerarse que incumpriera as súas obrigas de dar adecuadas instrucións sobre a aplicación do produto.

Por outra parte, aínda cando nada se especifique no art. 25 LCU, a concorrencia do defecto do produto coa culpa do prexudicado ou da persoa da que deba responder (nunca dun terceiro, que carece de incidencia no réxime de responsabilidade do art. 25 LCU, como tamén se sinala no art. 8.1 da Directiva 85/734/CEE¹⁵⁰) haberá que ter en conta, non para

¹⁴⁷ Vid. OLMOS PILDAIN, A., “La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por el consumo de productos alimenticios”, *La Ley* 1987/4, páx. 1023.

¹⁴⁸ Vid. REYES LÓPEZ, M^a. J., “Algunas reflexiones sobre el Derecho del Consumo y la Directiva 374/85 sobre responsabilidad por productos defectuosos”, *RGD* 1991, páxs. 55 e 56.

¹⁴⁹ Arzdi. 5554, en aplicación do disposto no art. 1902 CC, o que tamén tería que facerse actualmente porque os demandantes eran agricultores que, como tales, non reúnen a condición de consumidores do art. 1.2 e 3 LCU.

¹⁵⁰ Segundo se advertiu *retro* (nt. 8), o prazo para a adecuación á Directiva dos ordenamentos dos estados membros expirou o 30 de xullo de 1988 sen que no noso país levase adiante tal transposición. Vid. sobre a problemática da introducción da directiva en diversos estados (Reino Unido, República Federal Alemana, Bélxica e Francia) en *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux. Colloque des 6 et novembre 1986*, baixo a dirección de J. Ghestin, París 1987. Vid. abundantes referencias á xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas sobre a aplicabilidade das directivas cando son suficientemente detalladas unha vez vencido o prazo para a súa transposición ós ordenamentos dos estados membros en SAP Barcelona, sección 1^a, do 9 de setembro de 1992 (*RGD* 1993, páxs. 3804 e segs.) en onde, sen embargo, non se aplica a Directiva 85/577, do 20 de decembro de 1985, sobre protección de consumidores no caso de contratos negociados fóra dos establecementos comerciais ó considerárense as normas internas amplamente favorables ó consumidor de boa fe, que, segundo se aprecia na dita decisión, non era o caso. Igualmente, ampla información en BOTANA GARCÍA, G. A., “Incidencia de los instrumentos de Derecho Comunitario en la protección de los consumidores”, *AC* 1993, páxs. 55 e 56, especialmente nt. 13.

a exoneración de responsabilidade, cando menos se tal culpa non foi determinante, senón para a diminución do dereito á indemnización do consumidor, de acordo co texto do art. 8 da Directiva 85/734/CEE, que sinala que a concorrencia de culpa do prexudicado ou da persoa por quen deba responder pode tamén reduci-la responsabilidade do produtor e non só, segundo se deduce do art. 25 LCU, anulala¹⁵¹.

Tamén, malia o silencio da LCU –como acaece na Directiva 85/734/CEE–, debe admitirse, como criterio de inimputabilidade ou excepción ó criterio de imputación obxectiva –que non xa de interrupción do nexo causal, segundo puntualizou F. Pantaleón Prieto¹⁵²– o caso fortuíto ou a forza maior, pois a súa imprevisibilidade ou inevitabilidade supón que a súa cobertura quede marxinaada do disposto na LCU, a *ratio* da cal é a protección do consumidor fronte a danos normais¹⁵³.

Do mesmo xeito, e pola mesma razón de imprevisibilidade ou inevitabilidade, dificilmente poderá admitirse a responsabilidade do produtor polos denominados riscos sobrevidos ou de desenvolvemento (*Entwicklungsgefahren, development risks*)¹⁵⁴, sen prexuízo de destacar que, neste aspecto, na Directiva 85/734/CEE, despois de declararse no seu art. 7.e) que “o produtor non será responsable se proba (...) que, no momento no que o produto foi posto en circulación, o estado dos coñecementos científicos e técnicos non permitía descubri-la existencia do defecto”, sen embargo, no art. 15 permíteselle a cada Estado membro manter –o que xa se encontraba previsto, con carácter xeral no art. 13– ou, no seu caso, dispoñer –de acordo co procedemento previsto no parágrafo 2º do men-

¹⁵¹ Vid. no sentido do texto, art. 9 do Proxecto de lei de responsabilidade civil polos danos causados por produtos defectuosos (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* do 26 de febreiro de 1993) e, na doutrina, ROJO, A., “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, páxs. 156 e 157; PARRA LUCÁN, M^a. A., *op. cit.*, páxs. 401 e 402 e BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios, cit.*, páxs. 691 e 692; pero véxase en contra de tal posible redución, JIMÉNEZ DE PARGA, R., “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, pág. 652. Sobre as declaracións xurisprudenciais que se inclinan por moderar equitativamente a contía da indemnización en caso de concorrencia de culpas, SSTS de 27 de xullo de 1992 (Arzdi. 6461) e de 12 e 24 de febreiro de 1993 (Arzdi. 762 e 1251).

¹⁵² Cfr. “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1990, t. II, páxs. 1561 a 1566 e *Comentario del Código Civil, cit.*, páxs. 1981 a 1988.

¹⁵³ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios, cit.*, páxs. 693 e LÓPEZ RENDO, C., “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*, pág. 952.

¹⁵⁴ Así, en Portugal, o Decreto-lei núm. 383/1989, do 6 de novembro, sobre Responsabilidade civil do produtor (*Diário da República-I Série*, núm. 255, páxs. 4880

tado art. 15– na súa lexislación que o produtor sexa responsable incluso se demostrara que o defecto do produto, o uso do cal veu causando danos nos consumidores, só puido descubrirse precisamente polo posterior desenvolvemento científico e tecnolóxico.

Como facilmente pode apreciarse, a directiva, coa solución de compromiso anteriormente exposta, non pechou definitivamente o discutido problema da responsabilidade polos riscos de desenvolvemento, isto é, polos danos ocasionados como consecuencia do insuficiente desenvolvemento da ciencia no momento en que o produto foi posto en circulación, aspecto sobre o que os argumentos esgrimidos polos representantes dos consumidores e da industria a favor ou en contra, respectivamente, de impoñe-la responsabilidade sobre o produtor son en igual medida sostibles e, en calquera caso, dificilmente conciliables¹⁵⁵.

Agora ben, a exoneración de responsabilidade do produtor polos riscos de desenvolvemento, que, con anterioridade, mantivemos e que, salvo para medicamentos e alimentos, se sostiña no Proxecto de lei de responsabilidade civil polos danos causados polos produtos defectuosos no art. 6.1.e), non chega ó extremo de liberalo de responsabilidade, desde logo, polos danos ocasionados polos defectos do produto que –descoñecidos polo fabricante do produto acabado no instante da súa elaboración– foron descubertos no posterior momento da súa distribución ó público, que leva adiante ou ben a persoa que importa o produto na comunidade ou ben o subministrador, este último en caso de imposibilidade de identificación do produtor (considerados ambos como produtores no art. 3.2 e 3.3 da Directiva 85/734/CEE).

Do mesmo xeito, non poden quedar exonerados naqueles supostos nos que, no momento en que se detecta o defecto, os posibles suxeitos responsables non procedesen coa máxima celeridade e dilixencia a advertirlos consumidores dos perigos potenciais do produto, debendo de detacarse, en fin, que o descoñecemento do defecto ha de ser absoluto, para todos, na marxe das dificultades de todo tipo –incluídas as económicas–

segs.), sinala, no art. 5, letra e, 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.*, na doutrina española, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios, cit.*, páx. 694 e LÓPEZ RENDO, C., *op. et loc ult. cit.*

¹⁵⁵ No anteriormente mencionado Decreto-lei portugués 383/1989 razónase que “O intuito de não agravar demasiado a posição do produtor... explica... não se tendo usado da facultade concedida pela directiva de introducir a responsabilidade pelos chamados riscos do desenvolvemento”. *Vid.* na doutrina española, argumentos a favor e en contra CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad, cit.*, páxs. 188 e segs. e ALCOVER GARAU, G., *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al derecho español*, Madrid, 1990, páxs. 50 e segs.

que implique a investigación previa á fabricación ou posterior á súa posta en circulación.

Por outro lado, se, no noso dereito, o produtor se fai responsable dos riscos de desenvolvemento –como, para os medicamentos, alimentos ou produtos alimentarios destinados ó consumo humano, prevía o art. 6.3 do proxecto de lei de responsabilidade civil polos danos causados por produtos defectuosos–, terán que terse en conta tamén, por imperativo da máis elemental equidade de acordo coa regra *compensatio lucri cum danno*, polo menos para diminuí-la contía da indemnización, os eventuais beneficios obtidos polo produto –sobre todo, se doutra maneira non se alcanzasen tales vantaxes– que, de tal modo, compensan, en certa medida, o dano causado¹⁵⁶.

Para concluír este apartado, exporémo-la decisión mantida na SAP Cidade Real, sala 2ª, do 30 de abril de 1992¹⁵⁷, pois constitúe un bo exemplo de canto antecedentemente expuxemos; no caso, a demanda dirixírase contra o Insalud ante a contracción de hepatite pola actora, con ocasión de operación cirúrxica nun centro hospitalario dependente do citado instituto, ó administrarlle un preparado comercial de fibrinóxeno, á actuación do cal lle imputa a inoculación do virus e a aparición da enfermidade. O Insalud recorre fronte á condena imposta en primeira instancia, ó considerar preciso que a demanda se dirixa conxuntamente contra o laboratorio fabricante da substancia e alega a concorrencia de forza maior ou caso fortuíto exonerante de responsabilidade, todo o cal foi desestimada na dita decisión de AP Cidade Real.

Efectivamente, fronte á pretendida necesidade de trae-la *litis* ó laboratorio, a Audiencia rexeita tal alegación porque “a demandante non basea a causación do dano nunha defectuosa elaboración do produto, senón en que non adoptou o organismo demandado as medidas necesarias para evitar, no seu caso concreto, o resultado lesivo, ou no fracaso ou insuficiencia das medidas que se puideran adoptar...”, á parte de que a responsabilidade solidaria imposta polos arts. 27 e 28 LCU exclúe a excepción de *litisconsorcio* pasivo necesario.

Máis interesante é o razoamento empregado na citada SAP Cidade Real do 30 de abril de 1992 para decidi-la omisión culposa do Insalud¹⁵⁸ pois despois de “chegar á conclusión, por impoñelo así a lóxica humana, de

¹⁵⁶ En tal sentido, PARRA LUCÁN, Mª. A., *op. cit.*, pág. 399, que extrae do art. 28 LCU a consecuencia de responsabilidade polos riscos de desenvolvemento na nosa lexislación.

¹⁵⁷ AC 611/1992.

¹⁵⁸ *Vid.* sobre a dificultade probatoria do nexo causal nos supostos en que o defecto do servizo consista na súa omisión PARRA LUCÁN, Mª. A. con ocasión do comentario á STS do 19 de xuño de 1990 en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, n.º 24, páxs. 861 e segs.

se-la administración do fibrinóxeno a única causa posible neste caso concreto da orixe da enfermidade”, considérase probado que o medicamento en cuestión multiplicaba enorme e innecesariamente o risco de contaxio de enfermidades infecciosas, razón pola que se deixara de utilizar desde hai sete anos en Estados Unidos así como tamén noutros centros do propio Insalud, de todo o cal –especialmente, da utilización dun medicamento xa superado cientificamente– se deduce que “non se adoptaron tódalas medidas precisas para evita-lo risco neste caso e que este non era nin efecto inevitable do acto médico nin mal necesario para o tratamento”, polo que “non cabe apreciar un caso fortuíto, a esencia do cal é a imprevisibilidade do dano nin forza maior, o fundamento da cal está na inevitabilidade do mesmo, porque o dano ocasionado á actora é xustamente previsible e evitable”.

6. Sanción da infracción dos límites das cláusulas limitativas ou exonerativas de responsabilidade

O antigo número 4 do art. 10 LCU de 1984 establecía a nulidade de pleno dereito das cláusulas que incumpran os anteriores requisitos (entre os que se contan os enumerados no inciso 6 do supradito precepto), de tal modo que se establecía a nulidade parcial do contrato con cláusulas limitativas ou exoneratorias de responsabilidade que, nos termos e cos matices anteriormente enunciados, contraviñeran os límites legalmente establecidos. A actual LCU, unha vez introducidas as modificacións previstas na LCXC, regula esta nulidade no número 2 do seu engadido artigo 10bis, establecendo que “serán nulas de pleno dereito e teranse por non postas as cláusulas, condicións e estipulacións nas que se aprecie o carácter abusivo. A parte do contrato afectada pola nulidade integrarase de acordo co disposto polo artigo 1258 do Código civil. Para estes efectos, o xuíz que declara a nulidade das ditas cláusulas integrará o contrato e disporá de facultades moderadoras respecto dos dereitos e obrigas das partes, cando subsista o contrato, e das consecuencias da súa ineficacia en caso de prexuízo apreciable para o consumidor ou usuario. Só cando as cláusulas subsistentes determinen unha situación non equitativa na posición das partes que non poida ser solucionada poderá declara-la ineficacia do contrato”.

A mentada nulidade da cláusula, ó ser radical ou de pleno dereito, “operará de forma automática”, como se sinala na SAP Málaga do 20 de outubro de 1992¹⁵⁹ e pode ser reclamada tanto por vía de acción como de excepción, sen límite de prazo¹⁶⁰, polo contratante prexudicado ou,

¹⁵⁹ Aranzadi Civil n.º 4, ref. AP 1440.

¹⁶⁰ *Vid.*, por todas, sobre a imprescritibilidade da acción de nulidade radical, STS

tamén, por asociacións de consumidores en defensa do interese xeral (arg. *ex art.* 20 LCU) ou, incluso, en defensa do interese concreto dalgún dos seus asociados, segundo se admitiu na SAP de Albacete do 8 de xullo de 1991¹⁶¹, na que se sinala que, do contrario, resultaría inaplicable o dito art. 20 LCU, “xa que é pouco probable unha lesión que afecte a toda unha colectividade e non tería sentido o incorporarse a unha asociación desa natureza se a mesma non servira tamén para salvagardar e esixir-los dereitos particulares de cada un dos seus membros”.

Unha vez declarada a nulidade parcial do contrato, a cláusula abusiva terase por non posta –a pesar de que a LCU de 1984 silenciaba a extensión da cousa xulgada, o que se prevía nos arts. 36 e 37 do Anteproxecto de lei de condicións xerais– e o contrato, sen a cláusula nula, conserva a súa validez e mantense en vigor coas subsistentes¹⁶² –que sexan claras, suficientemente comunicadas e non abusivas–, sendo, no seu caso, necesario verificar unha integración do contrato coas disposicións legais, sempre que existan, salvo que, como adoita ser habitual, se trate dun contrato atípico, e en tal suposto, a falta de dereito legal dispositivo, deberán aplicarse as regras deducibles do principio de boa fe, de acordo co disposto no art. 1258 CC e todo iso na marxe de que o predispoñente alegue que non realizaría o contrato de saber que non valerían as cláusulas irregulares, como destaca L. H. Clavería Gosálbez¹⁶³.

Só se se trata de contratos –atípicos– particulares podería, excepcionalmente, entrar en funcionamento –no lugar da cláusula abusiva– a expresa previsión supletoria das partes –cláusula de salvagarda ou sanatoria–, que, no marco das condicións xerais, tendo en conta o restrinxido –e discutible– ámbito de operatividade da autonomía privada, non debe de ter, por regra xeral, aplicación, ó constituír, normalmente, un indicio da mala fe do predispoñente (contra o disposto no antigo art. 10.1.c).

A dita conclusión ha de manterse especialmente se se trata da habitual cláusula “nos límites sinalados ou admitidos legalmente ou sen prexuízo do disposto pola lei” (que pola súa complicación, é, polo xeral, abusiva, de acordo co art. 10.1.a) e, en consecuencia, nula de pleno dereito, por aplicación do novo art. 10bis.2 (anterior 10.4.1) tamén ás cláusulas inintelixibles ou escuras, non só ás abusivas), de tal modo que só será substitutiva da sanción de nulidade do art. 10bis.2 LCU cando se de-

do 30 de setembro de 1992 (Arzdi. 7414) e sobre a posibilidade de alegala por acción e por excepción, diferenciándoa, por iso, da anulabilidade STS do 7 de xuño de 1990 (Arzdi. 4741) e, considerando que tamén esta é susceptible de opoñerse por vía de excepción, STS do 30 de decembro de 1991 (Arzdi. 9610).

¹⁶¹ RGD 1992, páx. 10700.

¹⁶² Así, STS do 13 de novembro de 1995 (Arzdi. 8601).

¹⁶³ Cfr. “Las condiciones generales de la contratación: hacia un nuevo derecho del contrato”, *Academia Sevillana del Notariado*, 1988, páx. 156.

mostre a razoabilidade da dúbida do predispoñente sobre a validez da cláusula que o induciu a complementa-las condicións xerais impostas ó consumidor con outras de salvagarda ou sanatorias, segundo advirte R. Bercovitz Rodríguez-Cano¹⁶⁴.

En calquera caso, sobre todo se nada pactaron no contrato particular para sana-la cláusula abusiva ou, con carácter xeral, esta forma parte de condicións xerais, non debe de procede-la redución e iso aínda que se previra tal consecuencia, máxime se se trata de condicións xerais.

Así, ante unha cláusula de exención de responsabilidade absoluta, a declaración de nulidade da mesma implica que o predispoñente responde tamén por culpa leve sen que lle caiba ó xuíz reduci-la cláusula sinalando a súa validez para excluí-la responsabilidade por culpa leve, pois, no primeiro caso, ante a nulidade, o predispoñente vese estimulado a redactar, desde o principio, a exclusión da responsabilidade por culpa leve mentres que se coubese a redución, o predispoñente se vería incentivado a redacta-la cláusula de redución de responsabilidade en forma abusiva coa esperanza de opoñela na súa totalidade na fase extraprocésual da vida do contrato fronte a clientes pouco informados¹⁶⁵.

Agora ben, o número cuarto do antigo art. 10 completábase cun perturbador inciso final –proveniente dunha emenda transaccional do Grupo Parlamentario Socialista do Congreso– que presentaba unha excepción á regra xeral da nulidade parcial do contrato enunciada no primeiro dos apartados do precepto, ó dispoñer que nos supostos nos que as cláusulas subsistentes determinen unha situación non equitativa das posicións das partes, será ineficaz o contrato mesmo. Esta excepción contéplase no novo artigo 10bis.2, non obstante nesta última redacción déixase ó arbitrio do xuíz, o poder declara-la ineficacia do contrato e sempre que a referida situación non equitativa non poida ser solucionada.

A declaración realizada polo antigo art. 10, congruente co carácter central do consentimento como determinante da validez dos contratos –que, sen embargo, foi obviada no primeiro parágrafo do mentado artigo– e coherente coa finalidade de toda norma xurídica de velar pola adecuada protección das partes intervinientes, entre as que tamén se conta o predispoñente, suscitara lóxicos reparos na maioría da doutrina¹⁶⁶, que, con razón, destacaba que a dita disposición non respondía ó fin de protección do consumidor que persegue a lei.

En efecto, en contradición co espírito e a finalidade da LCU e co propio principio constitucional de protección do consumidor, o anterior

¹⁶⁴ Cfr. *Estudios, cit.*, pág. 203.

¹⁶⁵ Vid. respecto disto, aínda que non comparto tal razoamento, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pág. 430.

¹⁶⁶ Vid. e alí referencias en tal sentido, ALFARO AGUILA-REAL, J., *op. cit.*, pág. 454, nt. 294, quen, sen embargo, valora positivamente o precepto, salvo na súa redacción.

art. 10.4.2 determinaba tamén a sanción da ineficacia do contrato enteiro cando, unha vez suprimida a cláusula abusiva –acaso substituída polo dereito dispositivo– o resto do clausulado contractual determinaba unha situación non equitativa da posición da parte predispoñente –e non só do contratante débil–¹⁶⁷, polo que, como se advertiu¹⁶⁸ o adherente se vería obrigado a escoller entre soporta-las cláusulas lesivas omitindo a súa impugnación ou invocación ou ben soporta-la ineficacia do contrato, o que, en principio, implicaba a perda do ben ou servizo que necesitaba.

A dita situación de desequilibrio contra o predispoñente que o art. 10.4.2 contemplaba como constitutiva do suposto de feito determinante da aplicación da sanción nel prevista, habitualmente acaecerá nos casos obxecto do noso estudo¹⁶⁹ pois a declaración de nulidade das cláusulas de exclusión ou limitación de responsabilidade e a súa substitución polo dereito dispositivo empeorará, por regra xeral, a posición –económica– do empresario predispoñente, que aducirá calcula-lo prezo do produto en función do nivel de responsabilidade, sendo, en calquera caso, absolutamente imprescindible demostra-lo prexuízo económico considerable ocasionado polo mantemento do contrato sen a cláusula nula e, no seu caso, proba-la relación de causalidade entre prezo e nivel de responsabilidade.

Obviamente, non procederá a alegación á disposición contida no art. 10.4.2 e no novo art. 10bis.2 cando a cláusula nula sexa groseiramente contraria á lei (así, exención de responsabilidade por dolo) pois o predispoñente debía preve-la declaración de ineficacia da cláusula, polo que resulta inadmisíbel a alegación da situación inequitativa que un empresario minimamente dilixente debería evitar.

Así mesmo, resulta improcedente a ineficacia do enteiro contrato cando a situación de desequilibrio foi provocada pola supresión dunha cláusula que, no momento da impugnación ou da declaración de nulidade, resulta xa inoperativa (así, a redución excesiva dos prazos de reclamación cando o prazo legal igualmente transcorra).

Así as cousas, unha vez apuntada, sequera brevemente, a situación fáctica determinante da operatividade do segundo inciso do número cuarto do antigo art. 10 LCU, actual 10bis.2, o maior problema derivado do mesmo radica na determinación da natureza xurídica da sanción estatuída, precisamente pola ausencia de rigor técnico de que adoce: a “inefica-

¹⁶⁷ Así, SAP de Madrid do 8 de outubro de 1993 (Arzdi. 2594), citada na Sentencia da mesma Audiencia do 8 de xullo de 1994 (Arzdi. 1486).

¹⁶⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios*, cit., páx. 203 e CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “Las condiciones generales”, cit., páx. 157.

¹⁶⁹ Vid. ALFARO AGUILA-REAL, J., *op. cit.*, páxs. 463 e 464, sobre os grupos de casos ós que se lles aplica a regra do art. 10.4 II LCU.

cia" do contrato é unha categoría xenérica que, no noso dereito, engloba, polo menos, tres especies típicas: a nulidade absoluta, a anulabilidade e a rescisión.

Non parece defendible que o precepto poida estimarse referido á anulabilidade¹⁷⁰ non xa só porque o suposto de feito previsto é substancialmente distinto dos casos contemplados no art. 1301 CC senón, sobre todo, porque o lexislador omitiu calquera referencia a aspectos substanciais do réxime da anulabilidade (ausencia de previsión de prazo para a interposición da acción, da posibilidade de confirmación do contrato...) e iso sen necesidade xa de aludir ó carácter especial que, fronte á nulidade, representa a anulabilidade¹⁷¹, o que tanta polémica doutrinal suscitou¹⁷².

Agora ben, igualmente estimamos que a finalidade da norma de protexe-la parte afectada polo control do contido –e a integración do contrato– non se compadece facilmente coa previsión do art. 6.3¹⁷³ ou, mellor, coas declaracións xurisprudenciais –e doutriniais– respecto da nulidade radical, en concreto coa apreciación *ex officio* polo xuíz, a non produción *ab origine* de efectos do contrato na súa integridade, a súa insolucionabilidade ou a ausencia de limitación da lexitimación activa¹⁷⁴, sobre todo tendo en conta que carece de sentido –aínda admitindo que as normas da LCU teñan o seu fundamento na orde pública económica¹⁷⁵– declara-la nuli-

¹⁷⁰ Vid., sen embargo, inclinándose por tal solución, RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1993, páxs. 280 e 281.

¹⁷¹ Vid. en tal sentido, e alí referencias, JORDANO FRAGA, F., *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, *Studia Albornotiana*, Boloña-Zaragoza, 1988, páxs. 20, 21, 134 e 334.

¹⁷² Vid. ampla información respecto disto en GORDILLO CAÑAS, A., "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, páxs. 979 e 980, para quen a regra ou forma normal de ineficacia do contrato é a anulabilidade.

¹⁷³ Pero véxase, en cambio, en favor da nulidade total, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios*, cit., páxs. 202 e 203, aínda considerando, por iso, criticable o precepto e JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad*, cit., páxs. 415 e 416.

¹⁷⁴ Así, sobre a non confirmabilidade dos contratos nulos, STS do 31 de xaneiro de 1991 (Arzdi. 522); acerca da posibilidade de exercicio da acción por calquera terceiro interesado, STS do 22 de setembro de 1989 (Arzdi. 6351) e, respecto do automatismo dos seus efectos, STS do 15 de novembro de 1991 (Arzdi. 8406). Na doutrina, por todos, acerca de tales caracteres, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid 1971, pág. 475 e Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, páxs. 445 a 448; así mesmo, se ben destacando o carácter excepcional da apreciación *ex officio* da nulidade absoluta, acaso só predicable dos actos contrarios á orde pública (STS do 29 de marzo de 1932, Arzdi. 976), DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirixidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., Madrid 1981, t. XVII, vol. 2, páxs. 283 e 284.

¹⁷⁵ Para GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.*, páxs. 976 e 980, a nulidade de pleno dereito ordénaselle á protección do interese público, o que a diferencia do réxime da anulabilidade, destinado a tutela-lo interese privado e dispoñible dos particulares.

dade do enteiro contrato se a parte á que o control puxo en situación inequitativa ou para a cal xerou unha descompensación lesiva desexa, sen embargo, a subsistencia do mesmo.

Por todo iso, parece, máis ben, que o lexislador se refire, co xenérico termo “ineficacia”, ou ben a unha nulidade absoluta particular, só invocable por instancia de parte interesada¹⁷⁶ –aquela que se viu afectada na súa situación contractual de modo prexudicial como consecuencia da supresión só da cláusula abusiva– ou, quizais, tamén, como propugna J. Alfaro Aguila-Real¹⁷⁷, á rescisión.

Todo isto sen prexuízo de destacar que, neste caso, non parece ilícito que os tribunais leven adiante unha interpretación “correctora” do precepto¹⁷⁸, como propón L. H. Clavería Gosálbez¹⁷⁹, para impedir que o predispoñente imponha a ineficacia total do contrato, de tal modo que o dito precepto sexa inaplicable cando a ineficacia total resulte lesiva para o adherente, en tal caso debe de procederse á reconstrución da regra negocial mediante a integración co dereito dispositivo e se, aínda así provoca cargas non equitativas contra o predispoñente, a solución debería ser que se reputen non incluídas tamén as cláusulas claras e non abusivas que provocaron tal desequilibrio, pero nunca a ineficacia total, que deixa o adherente sen o produto, servizo ou ben.

En calquera caso, e con isto conclúo, esta cuestión da ineficacia merece unha análise máis detallada do que permiten os límites razoables da presente conferencia, pois iso, a dita exposición máis detida, vén esixida non só polas deficiencias expostas senón, de modo especial, porque as excepcións ó carácter parcial da ineficacia do contrato con cláusulas abusivas non foron suficientemente clarificadas na Directiva 93/13/CEE, do 5 de abril, o artigo 6 da cal prevé que os estados membros establecerán que non vincularán ó consumidor as ditas cláusulas e disporán que “o contrato siga sendo obrigatorio para as partes nos mesmos termos se este


¹⁷⁶ Vid. LACRUZ BERDEJO J. L. e J., DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil*, t. I, vol. 3º, Barcelona, 1990, págs. 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.

¹⁷⁷ *Op. cit.*, páxs. 459 a 461.

¹⁷⁸ O que, por outra parte, habitualmente, en situacións máis discutibles, levan adiante: especialmente en punto ós arts. 1137 ou 1138 CC nos eventos de pluralidade de intervinientes no proceso constructivo se non pode precisarse a participación de cada un nos defectos da construción (STS do 8 de xuño de 1992, Arzdi. 5168) ou ante os supostos de pluralidade de autores en caso de culpa extracontractual (STS do 28 de abril de 1992, Arzdi. 4466) ou, tamén, con ocasión do carácter subsidiario da acción rescisoria por fraude, con motivo da impugnación das capitulacións matrimoniais (STS do 15 de xuño de 1992, Arzdi. 5137).

¹⁷⁹ Cfr. *Comentarios, cit.*, páx. 343.

pode subsistir sen as cláusulas abusivas”, sen que, en fin, se especifiquen os termos ou as condicións en que non ha de procede-la subsistencia parcial do contrato.

Tampouco a dita excepción á ineficacia da concreta cláusula –ou, no seu caso, á non inclusión– se podía considerar definitivamente solucionada no Anteproxecto de lei de condicións xerais da contratación, o artigo 27 do cal dispoñía que “o resto do contrato, no seu caso, conservará a súa validez, integrándose coas disposicións legais, sempre que a súa aplicación non conduza a resultados distintos dos que as partes presequiran ó realiza-lo contrato”, o que, de ningún modo, supoñía un obstáculo para que o predispoñente puidese coloca-lo consumidor na situación de acepta-la cláusula abusiva ou, do contrario, impugnala e, posiblemente, perde-lo ben ou servicio¹⁸⁰. 

¹⁸⁰ Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “El control de las condiciones generales de los contratos”, *La Ley* 1989, páx. 1018.