

EL CARÁCTER ABUSIVO DE LA FÓRMULA “HORA O FRACCIÓN” EN LOS CONTRATOS DE APARCAMIENTO

Angel Carrasco Perera
Ana I. Mendoza Losana
*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

1. Descripción de la práctica de los aparcamientos públicos

Por lo general, el contrato de aparcamiento se configura como un contrato con condiciones generales de la contratación, un contrato de adhesión que se perfecciona por la concurrencia de la oferta del establecimiento abierto al público y la aceptación de la misma mediante un acto concluyente del usuario-conductor, que accede a las instalaciones del aparcamiento y estaciona allí su vehículo.

Constituye una práctica generalizada entre los titulares o responsables de aparcamientos públicos la determinación del precio del aparcamiento "por hora o fracción". De forma que todo usuario del establecimiento pagará horas completas aunque el tiempo efectivo de estacionamiento haya sido inferior. Así, todo usuario pagará como mínimo una hora, aunque sólo haya ocupado la plaza durante quince minutos o pagará dos horas, si ha estado una hora y un minuto. Esta práctica se observa en la mayoría de los aparcamientos disponibles al público, sean de titularidad pública, explotados bajo el régimen de concesión administrativa, o de titularidad privada. En las zonas ORA, la situación no es idéntica, pues la mayoría de las Ordenanzas Municipales exigen el pago de una fracción mínima de quince minutos, permitiendo posteriormente el pago de fracciones de cinco minutos o similares.

En cuanto contrato con condiciones generales de la contratación, el contrato de aparcamiento queda sometido a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación¹ y también a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios², siempre que una de las partes sea un usuario final (no siempre el conductor que accede al aparcamiento es usuario final en el sentido del art. 1 LGDCU).

A los efectos que siguen, presuponemos que las fórmulas contractuales utilizadas por las empresas de aparcamiento satisfacen los requisitos de incorporación contractual exigidos por los arts. 5.2 LCGC y 10.1 a LCU y sólo nos ocuparemos del control de validez de su contenido.

2. Sobre la inexistencia de normativa sectorial

El contrato de aparcamiento no está regulado en nuestro Ordenamiento. La doctrina y la jurisprudencia lo califican como contrato atípico y complejo o mixto en el que concurren prestaciones propias de otros contratos típicos. En particular, del contrato de

¹ BOE núm. 89, de 14-4-1998.

² BOE núm. 176, de 24-4-1984.

arrendamiento (puesta a disposición de un espacio o plaza para estacionar el vehículo) y del contrato de depósito (restitución del vehículo entregado)³.

En la actualidad, existen en el Parlamento español iniciativas legislativas reguladoras del contrato de aparcamiento⁴. Coinciden en su calificación como contrato por el que una persona cede un espacio en un local o recinto del que es titular, para el estacionamiento de vehículos de motor, a cambio de un precio determinado en función del tiempo de estacionamiento. En relación al precio, se limitan a exigir su indicación de forma fácilmente perceptible por los usuarios⁵, sin establecer ningún otro requisito respecto a su determinación.

El servicio de aparcamientos abiertos al público es una actividad prestada en régimen de libre competencia, por lo que en principio no puede ponerse ninguna traba a que el titular del establecimiento fije libremente sus precios⁶. Aunque la jurisprudencia parece haber considerado como un elemento típico de este contrato el que el precio se cobre por módulos proporcionales⁷, sin embargo estas declaraciones se han producido en un contexto meramente descriptivo de la praxis negocial, sin que tal cualidad se haya elevado al rango de los *essentialia negotii*.

3. Sobre si la fórmula “por hora o fracción” es una condición general de la contratación y sobre la importancia este extremo

La primera y fundamental razón que podría ofrecerse para excluir el control judicial de contenido de esta cláusula y fórmula contractual es que la misma no sería una condición general de la contratación, en el sentido del art. 1.1 LCGC. Aunque se admite que se hallan predispuestas por una de las partes y que han sido diseñadas para ser aplicadas a una pluralidad de contratos, no se trataría de una cláusula cuya incorporación al contrato haya sido “impuesta” por una de las partes, en el sentido de que no puede tratarse de una cláusula individualmente no negociada. El usuario del aparcamiento “consiente” la

³ Cfr. STS de 22-10-1996 (RJ Az. 1996\7238); st. AP de Sevilla de 25-1-1999 (RJ Az. 1999\508); st. AP de Madrid de 5-2-2000 (RJ Az. 2000\850).

⁴ Proposición de Ley para la regulación de un contrato de aparcamiento de vehículos presentada por los Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Catalán (Convergència i Unió) (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 70-1, de 9-6-2000) y Proposición de Ley sobre contrato de aparcamiento presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 22-1, de 25-4-2000).

⁵ Arts. 1 y 3 de las iniciativas legislativas citadas.

⁶ El RD 439/1992, de 30 de abril, del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, por el que se desarrolla la Directiva 75/368/CEE, de 16 de junio, del Consejo de las Comunidades Europeas, relativa a las medidas destinadas a favorecer el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para diversas actividades y por la que se adoptan, en particular, medidas transitorias para dichas actividades (BOE núm. 111, de 8-5-1992) declara expresamente la explotación y mantenimiento de aparcamientos como actividad sometida a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento (Anexo, Grupo ex 714); sin perjuicio de las condiciones impuestas en los pliegos de bases reguladoras de los concursos para la explotación de aparcamientos de titularidad pública en régimen de concesión administrativa, la Administración carece de facultades para fijar precios o determinar las condiciones contractuales de prestación del servicio [la Orden del Ministerio de Economía y Comercio, de 28 de octubre de 1981, por la que se modifica el régimen de determinados bienes y servicios (BOE núm. 266, de 6-11-1981) declara excluidos del régimen de precios autorizados de ámbito provincial los aparcamientos y garajes (art. 2º)].

⁷ STS 16 octubre 1996, RJ 7238 y SAP Madrid 5 febrero 2000, AC 850.

cláusula de precio, aunque no le guste⁸. Tampoco sería legítimo un control de contenido aunque el usuario del aparcamiento fuera un consumidor en sentido estricto, pues el control de las condiciones o cláusulas que, no siendo condiciones generales en sentido estricto, son, sin embargo, objeto de un control de contenido, tienen que ser cláusulas prerredactadas⁹.

Un argumento deducido del anterior sería el siguiente. Aunque se tratase de un contrato con consumidores (no todos los usuarios de aparcamientos públicos lo son), y por tanto, el control judicial de contenido hubiera de proceder por el simple hecho de tratarse de una cláusula individual no negociada, aunque no fuera una condición general [arts. 10.1, 10.3 y 10 bis LCU], sin embargo tampoco procedería el control del contenido de esta fórmula conforme al estándar de buena fe y justo equilibrio que formulan los artículos 10.1 c) y 10 bis.1 LCU, ni tampoco procedería realizar un juicio de contraste con el listado de cláusulas grises-negras de la DAD. 1ª LCU. Porque, con independencia de que se tratara de una cláusula prerredactada o no para una pluralidad o para un contrato singular, la fórmula de cálculo de precio “por hora o fracción” sería una fórmula de *determinación del precio de la prestación*, lo que la convertiría en un elemento esencial del contrato, que no puede ser objeto de un control de contenido específico conforme a la LCGC o a la LCU. Una cláusula que fijara el elemento esencial de la prestación habría sido “seleccionada” por el adherente, y habría sido determinante de su voluntad contractual¹⁰. Los jueces no podrían fijar precios, pues esta es tarea que corresponde al mercado, conforme a la garantía constitucional de la libertad de empresa y el modelo de economía de mercado¹¹. En apoyo de esta idea se puede alegar el art. 4.2 de la Directiva comunitaria 13/1993 y alguna norma de algún Derecho uniforme que, por el hecho de serlo, ya se toma como modelo¹².

Las razones aducidas anteriormente no han sido en verdad tenidas en cuenta por el legislador, que no ha dudado en referirse en la LCGC y en la LCU a un control de las cláusulas contractuales que delimitan elementos esenciales del contrato. Así, por ejemplo, art. 9.2 LCGC, que deja claro que la nulidad resultante del control de contenido puede afectar a elementos esenciales, de forma que el contrato no pueda “subsistir” después de la nulidad parcial; o el art. 10 bis.1 LCU, que se refiere a todo tipo de cláusulas contractuales, tengan su origen en el consentimiento contractual o en la

⁸ De acuerdo con este punto de vista, si el usuario no presta su consentimiento a esta cláusula por la que se determina el objeto de la prestación, el contrato sería nulo por no haberse prestado el consentimiento (art. 1261 CC), no por tratarse de una condición general.

⁹ V. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Disposición Adicional 1ª.Dos: Art. 10.1 c) LGDCU", en la obra coordinada por el mismo autor, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi. Pamplona, 1999, págs. 685-688, concr. págs. 686 y 687; y en la misma obra, "Disposición Adicional 1ª.Tres: Arts. 10 bis.1 LGDCU", págs. 753-769, concr. pág. 756; ALFARO, "El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado", RDBB, núm. 67, 1997, págs. 839-902, concr. págs. 864 y 865).

¹⁰ Cfr. ALFARO AGUILA-REAL, *Las Condiciones Generales de la Contratación*. Civitas. Madrid, 1991, pág. 138; PASQUAU LIAÑO, M. "Artículos 9 y 10", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, 1999, págs. 271- 309, concr. pág. 298); PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones generales de la contratación*. Marcial Pons. Madrid, 1999, pág. 285.

¹¹ V. ALFARO, *Las Condiciones Generales*, págs. 140-142; PAGADOR, *Condiciones generales*, págs. 277-287; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Disposición Adicional 1ª.Dos:Art. 10.1.c) LGDCU", pág. 686 y "Disposición Adicional 1ª. Tres: Art. 10 bis.1 LGDCU", págs. 763 y 765.

¹² Cfr. *Principles of European Contract Law* (edit. por LANDO y BEALE, 2000), art. 4:110

adhesión a un articulado predispuesto; o el art. 10 bis.2 LCU, que da por supuesto que el juez puede “moderar” cláusulas que incorporen elementos esenciales del negocio. Si se mira desapasionadamente, parece que – criticable o no- el elemento decisivo en nuestra legislación referida a este asunto es que el contrato sea o no un contrato de adhesión (art. 1.2 in fine LCGC)¹³. Y no cabe duda que la “aceptación” de un precio contractual predispuesto por una parte, en forma tal que el adherente debe aceptarlo o renunciar a contratar, es un contrato en que el consentimiento se construye por “adhesión” a una oferta de contrato.

¿Qué significa que una cláusula no haya sido individualmente negociada?. Siguiendo la Directiva comunitaria, se afirma que tal condición se da cuando el adherente no ha podido influir en el contenido de la cláusula¹⁴. Pero, naturalmente, ello supondría, sin otras matizaciones, que toda cláusula contractual a la que se llega al final de una negociación, o sin ella, pero que en cualquier caso el adherente haya tenido que aceptar a pesar de su voluntad en contra, sería una cláusula no negociada, y, por tanto, susceptible de control de contenido. Para evitar esta consecuencia, la doctrina propone ciertos expedientes limitadores. En unos casos se afirma que la cláusula no negociada debe estar “prerredactada”¹⁵. En otros casos se afirma que el mero hecho de no haber influido en el contenido no hace la cláusula prerredactada, si hubo una posibilidad real de ejercer tal influencia¹⁶. Sin embargo, es la conclusión que se quiere combatir, y no las salvedades que introducen estas doctrinas limitadoras, lo que se corresponde con el sentido común. Como muy sensatamente han visto los franceses en su transposición de la Directiva 13/1993 (gracias a que no están, como nosotros, mediatizados por la pesada doctrina alemana), es un puro excedente de teoría, al que no acompaña en el operador jurídico o en el ciudadano una intuición correspondiente, el distinguir entre una cláusula no individualmente negociada (preestablecida) y una cláusula no negociada libremente. Pues lo decisivo es si al final del proceso negociador, el adherente modificó o no la cláusula que se le ofrecía como menú. ¿Cuánto de “tensión negociadora” debe darse para que una cláusula, inmodificada por cierto respecto del menú inicial, pase, sin embargo, a considerarse una cláusula (inútilmente, para el adherente) negociada?. ¿Hay alguna diferencia entre el caso del oferente que desde el principio advirtió que no habría contraofertas (“lo quieres o lo dejas”) y aquél otro que tras un proceso de *trattative* en el que ha escuchado con la mejor intención las contraofertas, sin embargo acaba negándose a modificar la cláusula?. Es un puro juicio especulativo el de averiguar hasta dónde había, si había, una oportunidad real de negociar. Pues de hecho, no existe nunca una imposibilidad lógica de que el predisponente modifique la cláusula: todo depende del precio que se le pague. ¿Puede negarse la condición de cláusula no negociada bajo el

¹³ Obsérvese. Lo que lleva a la aplicación de esta Ley [LCGC] al resto del contrato no es que el resto de las cláusulas del mismo no se hubieran negociado individualmente, como hubiera sido lo lógico, sino de que sea un contrato de adhesión.

¹⁴ Art. 3.2 Directiva. "Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor *no haya podido influir sobre su contenido*, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

¹⁵ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 1", pág. 26-29 y "Disposición Adicional 1ª...", págs. 755 y 756. Para el autor, la prerredacción constituye una presunción de que la cláusula no ha podido ser negociada. Acreditada la predisposición, corresponde al predisponente la prueba de que, a pesar de la inclusión de la cláusula predispuesta tal cual, la misma pudo ser alterada por el adherente.

¹⁶ ALFARO, J., *Las Condiciones Generales de la Contratación*, págs. 133 y 136; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación de la ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación", en *Las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*. Marcial Pons, 1999, págs. 62-63; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, págs. 317 y 318.

argumento de que el adherente debió *seguir presionando un poco más*?. Tampoco para el adherente hay grandes diferencias: cuando éste llega (si llega) al final del proceso “negociador” y comprueba que la cosa sigue igual, en todo caso él puede ya deducir retrospectivamente una de estas dos cosas: o que ya desde el inicio no tenía ninguna posibilidad, y que por tanto igual daba haber negociado que no haber negociado; o que no ha ofrecido al oferente impasible unas compensaciones adecuadas. Si además se observa la posición a la que se condena al oferente en el art. 10 bis.1 III, con una asunción de la carga de probar que la cláusula fue negociada, su posición es ciertamente absurda: tiene que probar que aquello que estaba “predispuesto” para uno o muchos y que no fue modificado finalmente porque el propio oferente se opuso a ello, sin embargo fue “realmente” negociado, aunque sin éxito para el consumidor. ¿Y cómo dar una prueba de esta clase si no probando que la cláusula final incorporó modificaciones de hecho a la inicial?. En consecuencia, el sentido común acaba interpretando con razón que todo aquello que de hecho tuvo que aceptar es algo que de hecho no pudo negociar.

Naturalmente, cabe hablar de cláusula negociada aunque no haya sido modificada, cuando la negociación ha conducido a la modificación de otras cláusulas o a la obtención de determinadas compensaciones. Con todo, esta hipótesis es irrealizable en el tipo de contrato al que nos referimos, y podemos dejarla de lado en estas páginas.

4. La práctica y la intuición del sentido común

También podría argumentarse que en la fórmula “por hora o fracción” no se trata ciertamente de una determinación de un elemento esencial del contrato, como de una *condición accesoria* por la que se regula cómo se calculará este precio, que sí podría ser una condición general de la contratación. Ciertamente, resulta difícil distinguir entre cláusulas principales sobre el precio y otras condiciones referentes al mismo, pero ello no implica que no exista en teoría esta distinción. El consumidor valora principalmente el precio (ej. el tipo de interés, el precio actual del producto...etc) y no tanto otras circunstancias referentes al mismo (ej. fórmulas de actualización, instrumentos de redondeo, recargos por falta de pago en plazo...etc). En cierta medida, forma parte de la psicología del consumidor el pensar que nunca se va a encontrar en el supuesto de hecho que supone para él un gravamen añadido de su posición jurídica o económica, o, en su caso, asumir el riesgo de ese eventual gravamen a costa de beneficiarse de unas condiciones actuales de precio más favorables¹⁷.

Sin embargo, las consideraciones anteriores, que pueden estar más o menos fundadas en consideraciones teóricas asumibles, son enteramente *contrafácticas*. La experiencia judicial y la sociología de compra de los productos de consumo demuestra que en la praxis jamás se hace una distinción significativa entre el precio *como elemento esencial del contrato* y otras *estipulaciones laterales de adaptación o actualización del precio* o condiciones de pago. De la misma forma que no existe competencia en cuanto a estas

¹⁷ Por ejemplo, por lo general, el usuario que pretende contratar un préstamo hipotecario elegirá el que le ofrezca un interés menor a lo largo de la vida del préstamo, a pesar de que éste incluya una fórmula de redondeo al alza del índice pactado, que no se contempla en el contrato rechazado por prever un interés superior; o el consumidor que adquiere un televisor a plazos, adquirirá aquél que le ofrezca idénticas prestaciones a un precio inferior, aunque el contrato celebrado contenga una cláusula que incremente el precio por falta de pago en plazo de forma más gravosa que en el contrato descartado (el usuario prefiere pagar menos, porque piensa que nunca se va a encontrar en el supuesto de retraso o porque opta por correr el riesgo de tener que pagar más en un supuesto eventual e incierto, a costa de la certeza que le proporciona el pagar menos desde el momento en el que contrata).

otras estipulaciones, tampoco la hay en cuanto al precio y, además de contrafáctico, es risible afirmar que el usuario de estos servicios esenciales, aunque sean servicios en competencia, elige en función de precio. Como en aquel anuncio publicitario en el que las explicaciones del padre son entendidas por la niña, pero no por su muñeca, es incomprensible y cínicamente sutil distinguir el precio del producto o servicio (elemento esencial no sujeto a control de contenido) y las fórmulas laterales, secundarias o accesorias de determinación del montante final de la prestación. ¿Es una cláusula de precio-objeto de contrato o una cláusula secundaria de precio la contenida, por ejemplo, en la DAD. 1.7ª o en la DAD.1ª.18ª o en la DAD 1ª.24ª LCU?. Pues la cláusula de hora o fracción puede leerse como condición esencial de precio (“el precio de la plaza es tanto y tanto”) o se puede considerar como cláusula adicional o lateral de determinación del precio (“el precio de la plaza vale tanto por hora, pero las horas se calculan de la siguiente manera”; otra posible lectura sería: "el precio es tanto por hora e igualmente tanto por fracciones inferiores a una hora, pero el tiempo total de estancia será computado siempre por unidades completas de hora"). Cualquier jurista con sentido común comprende que una discusión tal carece de sentido, y que no se corresponde a ninguna intuición asumible en el tráfico el que se pretenda distinguir entre la cláusula de precio y las cláusulas accesorias de determinación del precio.

En cualquier caso, la cuestión se resuelve por sí sola. O sostenemos que la fórmula “por hora o fracción” es una condición accesoria y lateral a un elemento esencial del contrato, en cuyo caso está sujeta a control de contenido, o afirmamos que es una condición esencial del contrato, y afirmamos que también éstas están sujetas a control de contenido.

La aplicación de la LCGC y la LCU hecha por nuestros tribunales demuestra que en la práctica es insustentable la distinción entre elemento esencial del contrato, predispuesto por la parte, pero no “impuesto”, y estipulaciones accesorias, secundarias o laterales de determinación del precio. Distinción que se realiza bajo el entendido de que sólo las segundas estarían sujetas a control de contenido específico. La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha producido de modo mayoritario en la aplicación de normativa de condiciones y cláusulas abusivas a las fórmulas de cálculo de intereses de los préstamos y contratos de créditos al consumo. Como demuestra la enorme mayoría de la jurisprudencia existente, los tribunales aplican normalmente el test de los arts. 10 y 10 bis LCU para calcular la conformidad a la buena fe de las fórmulas y del montante de la deuda de intereses, ya moratorios, ya compensatorios¹⁸.

¹⁸ Por citar algunos ejemplos, la SAP de La Coruña de 5-3-1999 (RJ Az. 1999\571) que reproduce la doctrina de una sentencia del mismo Tribunal de 2-5-1996 en la que se negaba el control de las cláusulas que contenían los elementos esenciales del contrato (objeto y precio), afirma que "tras la nueva Ley 7/1998 [...], el razonamiento no sería exactamente el mismo". Llega a la misma conclusión que la sentencia citada (validez de la cláusula que fijaba el tipo de interés en un préstamo hipotecario) pero no por entender que esta cláusula no sea controlable, sino por estimar que "atendidas las circunstancias concretas" y conforme a los límites establecidos por el apdo. 29 de la DA 1ª LGDCU, el interés no es abusivo (FD 1º); La SAP de Madrid de 7-4-1999 (RJ Az. 1999\1671) declara la nulidad de la cláusula de intereses pactada en un contrato de apertura de una línea de crédito (2,25 % mensual, equivalente al 27 % anual). Y ello no por aplicación de la Ley de Crédito al Consumo, -posterior a la fecha de perfección del contrato-, ni tampoco de la Ley Azcárate, que exige que el interés pactado sea superior al usual del dinero (elemento objetivo) y que la aceptación esté viciada, no actuando el contratante con la necesaria autonomía y libertad (elemento subjetivo) (art. 1). La Audiencia aplica los arts. 10 c) 4º y 10.4 LGDCU, en su redacción anterior a la LCGC, y declara el carácter abusivo de la cláusula por ocasionar un perjuicio desproporcionado al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe; La SAP de Lleida de 20-5-1999 (RJ Az. 1999, 843) declara la nulidad de la cláusula contractual que establecía el tipo de interés en

Pero la realidad no es sólo refractaria a la teoría en el punto que se acaba de exponer. Es que, y principalmente, no existe en verdad diferencia alguna en los resultados a que se llegan normalmente de aplicar las cláusulas generales de nulidad contractual (arts. 7, 1255 y 1258 CC) y los resultados a los que se llegan cuando se aplican los estándares especializados de la LCU. Para los contratos con usuarios no consumidores ello se deriva sin más del insustancial artículo 8 de la LCGC. Para los contratos con consumidores, la experiencia real vuelve a mostrar que los estándares especiales de los arts. 10.1 c), 10 bis.1 y DAD 1ª LCU no pueden llevar a resultados distintos de los que produciría el control de contenido a partir de las reglas generales del Código Civil. Y buena prueba de ello vuelve a estar en el cotidiano hacer de nuestros tribunales en la resolución de casos conflictivos en contratos de crédito. Es curioso en este punto cómo en la práctica acaban siendo intercambiables los métodos de control de contenido sobre la cuantía de intereses crediticios cuando se aplica la Ley de Usura de 1908 o cuando se aplica el control del estándar especializado de la LCU¹⁹. Si el intérprete puede en este

un contrato de préstamo por considerarla abusiva y contraria al art. 10. 1, c) 4º LGDCU ("condiciones abusivas de crédito"). La sentencia considera la cláusula nula de pleno Derecho y por lo tanto, controlable de oficio e integra el vacío resultante de la declaración de nulidad (parcial) acudiendo al art. 1108 CC (FD 6º); especialmente clara en sus términos es la SAP de Asturias de 14-4-2000 (RJ Az. 2000\1008), que se pronuncia sobre el carácter abusivo del tipo de interés de demora (29%) en un contrato de préstamo al consumo: "Es cierto que la determinación del tipo de interés aplicable corresponde pactarla a las partes contratantes, amparadas por el principio de la autonomía de la voluntad del art. 1255 del Código Civil, pero también lo es que para evitar los frecuentes abusos producidos en contratos de adhesión como el examinado, en los que existe una posición económica muy desigual entre los contratantes, el legislador ha ido creando mecanismos que permiten atajar situaciones de abuso o injusticia como la aquí analizada, a través de la moderna normativa de protección a los consumidores. Más concretamente, [...], el art. 10.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ya preveía en su redacción original la nulidad de aquellas cláusulas contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones, entre las que se incluía las condiciones abusivas de crédito. Supuestos que, tras ser modificada por la Ley de 13 de abril de 1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, sigue contemplando en los arts. 10 y 10 bis de su nueva redacción (FD 3º)"; en la misma línea, SAP de Tarragona de 24-5-2000 (RJ Az. 2000\1832); SAP de Madrid de 29-5-2000 (RJ Az. 2000\1995); SAP de Lleida 14-1-2002 (RJ Az 2002\181).

¹⁹ Para determinar si el préstamo es o no usurario conforme a la Ley de Usura y al igual que en los supuestos en los que se aplica el estándar de buena fe en los contratos con consumidores, los tribunales no se limitan a valorar si el tipo de interés es excesivo en su cuantía, sino que examinan si, atendidas las circunstancias del contrato (v.gr. situación de las partes y especialmente del prestatario, la finalidad perseguida por éste al concertar la operación, la posibilidad de acudir a otras entidades para obtener condiciones más favorables y el resto de cláusulas contractuales, como la existencia de garantías adicionales a favor del acreedor), dicho tipo de interés ocasiona un desequilibrio injustificado o desproporcionado a favor de una de las partes. En la STS de 7-2-1989 (RJ Az. 1989\754), el TS afirma que un tipo de interés anual del 28% es "cifra exagerada cuando la garantía real, ajena, a avatares mercantiles, asegura el cumplimiento de la operación sin riesgo para el prestamista" (FD 4º); en la SAP de Castellón, de 30-3-2000 (RJ Az. 2000\4464) se considera que un crédito al consumo no es usurario no sólo porque no hay pruebas de que el tipo de interés anual (26,82 %) sea superior al normal, sino también porque "las [circunstancias] concurrentes no revelan ninguna desproporción de los intereses pactados....". En el mismo sentido las SSTs de 12-7-2001; 7-11-1990; 2-7-1990 y 27-9-1989.

El carácter intercambiable de los instrumentos de control se observa, entre otras, en las siguientes sentencias: la STS de 17-3-1998 (RJ Az. 1998\1351). En ella, el TS niega la aplicación de la Ley de Usura por considerar que el contrato de arrendamiento financiero no puede ser calificado de préstamo (FD 3º); niega la aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios por no tener el arrendatario financiero la condición de consumidor (FD 5º) y sin embargo, considera que las consecuencias económicas del incumplimiento previstas en el contrato (en particular, el interés moratorio) son "absolutamente desproporcionadas" "por aplicación de la Ley de Usura" y ocasionan un enriquecimiento del arrendador, sin que éste incurra en ningún riesgo (FD 4º). Por ello, haciendo uso de su facultad

terreno hacer alguna prospección con sentido de la realidad es que la lista de cláusulas negras-grises de la DAD 1ª LCU no ha servido para hacer más riguroso el control de contenido que las reglas generales, sino para ilustrar la regla general con subreglas de concreción de nulidad que hacen más predecible y homogéneo el quehacer de los tribunales. La circunstancia de que en multitud de casos se apliquen a contratos entre empresarios las subreglas del art. 10 o de la DAD 1ª LCU (contratos de créditos, leasing, etc) es inocua, pues simplemente muestra una cierta pereza intelectual de parte de los tribunales, que prefieren echar mano de la lista de cláusulas legales que aplicar argumentativamente el art. 1258 CC.

Al final se aprecia un horizonte de razonabilidad en el que tarde o temprano tendrán que instalarse los tribunales y la doctrina que carezca de perjuicios. Existirá control de contenido sobre toda cláusula de la cual el adherente no sea su autor (o coautor) y toda cláusula de esta suerte será llamada cláusula no individualmente negociada. Todo lo demás es exceso de teoría y, como contrafáctico, inútil para el Derecho.

moderadora de las cláusulas penales (art. 1154 CC), el TS modifica dichas consecuencias, reduciendo el interés moratorio al interés legal del dinero; la SAP de Barcelona, de 1-4-2000 (AC 2000\2159), en la que por aplicación de la Ley de Usura y "a mayor abundamiento" por aplicación del art. 10 de la LGDCU declara la nulidad de un contrato de préstamo por usurario, "debiéndose proceder solamente a la devolución total del principal (sin intereses) [...] de conformidad con los arts. 3 de la Ley de usura, 10.4 LGDCU y art. 1303 CC" (FD 3º); la SAP de Tarragona de 24-5-2000 (RJ Az. 2000\1832) considerando que "no es necesario analizar [...] las cuestiones que la problemática que el caso suscita en orden a las relaciones entre la ley de Usura y la General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [...]" aplica la LGDCU, en concreto la DA 1ª.29 y declara que el interés de demora pactado aun siendo "muy elevado" no es abusivo, porque en atención a las circunstancias concurrentes no supone un grave o importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes; en idénticos términos, la SAP de La Coruña de 5-3-1999 (RJ Az. 1999\571); la SAP de Madrid de 7-4-1999 (RJ Az. 1999\1711) afirma que el hecho de que el interés no sea usurario (por faltar el elemento subjetivo al que se refiere el art. 1 de la Ley de Usura) "no significa que no sea nula la cláusula contractual que lo estableció de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 c).4º y art. 10.4 de la LGDCU" (FD 6º). Por aplicación de la LGDCU, la AP entiende que el interés del 27% es excesivo en la época en la que se suscribió el contrato (criterio idéntico al utilizado en los supuestos en los que se aplica la Ley de Usura); la SAP de La Coruña de 2-5-1996 (RJ Az. 1996\862) deniega la pretensión de nulidad de un préstamo por usuario por entender que el tipo de interés pactado (17,25 %) no era anormal, ni desproporcionado en los términos de la Ley de Usura y tampoco ocasionaba un desequilibrio entre las contraprestaciones de las partes en contra de la LGDCU (FD 4º y 5º); la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pola de Laviana (Asturias) de 21-7-1993 anula la cláusula de intereses de un contrato de préstamo por aplicación de la Ley Azcárate y del artículo 10.1 c) de la LGDCU, la SAP de Asturias de 28-4-1994 (RJ Az. 1994\618) revoca esta sentencia pero no por considerar inaplicables ambas leyes, sino porque analizadas las circunstancias del contrato, la Audiencia estima que el interés no es usurario y por tanto, tampoco vulnera la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones.

Especialmente ilustrativa es la SAP de Baleares de 17-10-1994 (RJ Az. 1994\2030). En ella se afirma que "es evidente que si el contrato suscrito por el consumidor es de préstamo y reúne los requisitos establecidos en la Ley Azcárate para que sea considerado como usurario, el pacto de intereses puede considerarse ineficaz por aplicación del art. 10.4 de la LGDCU", y tras analizar el distinto ámbito de aplicación de una y otra (es más amplio el de la LGDCU que el de la Ley de Usura), llega a la conclusión de que "en cualquier caso, la aplicación de una u otra norma no supone diferencias prácticas ya que si la cláusula de intereses se considera abusiva será nula y se tendrá por no puesta (art. 10.4 LGDCU) pero, como es obvio, subsiste la obligación de pagar el capital. De igual modo, si se declara el préstamo usurario, el prestamista estará obligado a entregar la suma recibida, quedando dispensado de pagar intereses y si hubiera satisfecho parte de dicha suma y los intereses vencidos, el prestamista deberá devolver al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, excede del capital prestado (art. 3 de la Ley de Usura)" (FD 4º).

5. El tratamiento jurisprudencial del “redondeo por exceso” en los préstamos hipotecarios y las razones de su ilegalidad

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Madrid de 11-9-2001²⁰, ha declarado nula la cláusula de redondeo al alza que CAJA MADRID incluye en los contratos de préstamo hipotecario a tipo variable²¹. Conforme a dicha cláusula se redondea por exceso a un factor o fracción de punto -que normalmente es un cuarto de punto porcentual (0,25%)- del tipo de interés resultante conforme al índice de referencia pactado. El juzgador parte de la no aplicación de las normas protectoras de los consumidores en materia de condiciones generales a los elementos esenciales del contrato por tratarse de una cuestión que debe quedar remitida a la libre autonomía de las partes y a las reglas del mercado, evitando un intervencionismo legal o judicial que pudiera entorpecer injustificadamente el juego de tales mecanismos. Sin embargo, entiende que el redondeo por exceso no puede considerarse como integrante del precio del contrato de préstamo hipotecario a interés variable, por el carácter eventual de su aplicación, pudiendo devenir innecesario en el supuesto de que el exceso no concurra. Ello conduce a la procedencia de someter a control la cláusula de redondeo, considerándola condición general de la contratación a los efectos del artículo 1 de la LCGC. Aceptada esta posibilidad, el juzgado declara abusiva la cláusula en cuestión por entender que ocasiona un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, perjudicando de manera desproporcionada al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe²².

Bien mirado, la fijación del precio del servicio de aparcamiento "por hora o fracción" supone un "redondeo al alza". Si el usuario ocupa la plaza por una fracción de hora (ej. 15 minutos) el precio a pagar es siempre el de una unidad completa de hora. La aplicación analógica de la doctrina expuesta conduce a afirmar que este redondeo no es elemento esencial del contrato, debido al carácter eventual de su aplicación. Ciertamente, serán marginales los supuestos en los que el tiempo de aparcamiento durará unidades completas de hora, de modo que no sea preciso acudir al método del redondeo, pero el hecho de que no siempre sea necesario aplicar el redondeo impide considerar la condición como elemento esencial del contrato no susceptible de control.

²⁰ La Ley, 2001, 6968.

²¹ Dicha sentencia ha provocado todo un movimiento social en contra de la cláusula. Varias entidades bancarias la han retirado de sus contratos; el Grupo Mixto ha presentado en el Congreso una proposición no de ley instando al gobierno a que tome medidas para terminar con el redondeo; y en el Senado, el Ministro de Economía se ha mostrado partidario de revisar y mejorar la actual redacción de la Orden de 5-5-1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios. Y el proyecto de Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (Ley Financiera) contiene una disposición en la que se prohíbe el redondeo siempre por exceso, de modo que éste será al alza y a la baja según el extremo más próximo del intervalo acordado.

²² Literalmente, la sentencia afirma que "es evidente que el redondeo por exceso favorable exclusivamente a la entidad prestamista, carece de justificación y conlleva un desequilibrio contractual importante para el consumidor, contrario en sí mismo a la buena fe objetiva, ya que puede verse obligado a abonar a la entidad bancaria, en el transcurso del período de duración del préstamo concertado, una cantidad notablemente superior a la que se vería obligado a satisfacer en el supuesto de que dicho redondeo en beneficio exclusivo de la entidad prestamista no se hubiera concertado, no debiendo desconocerse que no se prevé la posibilidad, [...], de que dicho redondeo del tipo resultante se efectúe al más cercano múltiplo del factor de redondeo pactado, extremo que eliminaría el desequilibrio entre partes al poder beneficiarse del mismo, no únicamente la prestamista, como en el caso objeto de litigio acontece, sino también la parte prestataria".

Este redondeo al alza se produce siempre en perjuicio del consumidor. No se contempla la posibilidad de redondeo a la baja, de modo que si el tiempo de estancia es inferior a una hora completa, se facture por el intervalo temporal inmediatamente inferior (ej. por una hora, si se ha ocupado la plaza una hora y un minuto). Naturalmente, ello ocasiona un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes, en contra de las exigencias de la buena fe, provoca el enriquecimiento injustificado del empresario e incrementa notablemente el precio del servicio, siempre en perjuicio del usuario.

Los criterios utilizados por el Juzgado de Madrid para enjuiciar la nulidad de la cláusula de redondeo son entonces igualmente aplicables a la fórmula de “hora o fracción”.

6. La interdicción del enriquecimiento injusto

Si bien se piensa, una vez que el propio predisponente de la cláusula determina que el precio de la hora de aparcamiento es uno determinado (el que él decida), y a pesar de ello cobra este mismo precio por la más pequeña fracción de hora de estacionamiento, revela que su enriquecimiento carece de causa. Pues el precio de la hora es el que oferta el empresario; si, a pesar de ello, cobra la misma cantidad por una estancia menor, el oferente declara que el resto de tiempo no ocupado por el vehículo está produciendo ganancia contractual, sin que exista contraprestación por su parte, que además el oferente se ahorra y puede orientar en forma de prestación nueva en su relación con otro nuevo usuario, que ocupará la plaza vacante pero ya pagada. Es evidente en último extremo que lo normal es que el predisponente acabe cobrando al menos dos veces por la misma prestación (o más: imaginemos cuatro vehículos que estacionan cada uno 15 minutos y paga cada uno el precio de la hora).

Conviene no especular tampoco con la doctrina del enriquecimiento injusto. Muchas veces encontramos en la jurisprudencia decisiones que rechazan la aplicación de la doctrina por considerar que, lo que tiene su apoyo en la ley o en contrato, no puede carecer de causa o ser injusto²³. Esta perogrullada no tiene sentido alguno, ni la doctrina jurisprudencial disponible presta normalmente ninguna utilidad en este terreno. Pues en el ámbito de los contratos, la causa o carencia de causa no se define porque la conducta esté amparada en un contrato (*quod est demonstrandum*, además, si partimos de decir que este contrato es nulo!), sino porque exista o no contraprestación en un contrato que típicamente es sinalagmático. Obsérvese que no estamos proponiendo que los jueces controlen la equivalencia de las prestaciones, sino, más simplemente, que confronten si una prestación contractual está apoyada en la causa-contraprestación *que las partes afirman que posee*. Téngase en cuenta que en el coste del servicio se incluye no sólo la renta arrendaticia por el uso del espacio, sino el coste de custodia. Y de ambas prestaciones ha sido liberado el empresario predisponente.

7. El carácter insólito o sorprendente de la cláusula de “la hora o fracción”.

No se corresponde con ninguna intuición asumible en el tráfico que el modo de determinar el precio de un servicio conduzca a que dicho precio sea idéntico cualquiera que sea el tiempo de utilización del servicio. De no ser por lo usual de su empleo²⁴ y por

²³ SSTs de 27-3-2000 (RJ Az. 2000\2428); de 30-9-1999 (RJ Az. 1999\7003); de 30-5-1998 (RJ 1998\4076) y de 8-6-1995 (RJ Az. 1995\4908).

²⁴ Adviértase que el carácter usual de una cláusula no es incompatible con su calificación como insólita o sorprendente (vid. por todos ALFARO, *Las Condiciones Generales*, pág. 250).

la publicidad que se da a la cláusula del precio "por hora o fracción", nada impediría la aplicación de la regla de las cláusulas insólitas o sorprendentes y correlativamente, su no incorporación al contrato. El precio por hora o fracción supone una ruptura con el carácter recíproco del contrato²⁵. Si no fuera informado por el empresario, en modo alguno un usuario medio podría esperar que se le cobrara un precio idéntico por una estancia de un minuto o de una hora, a pesar de retirar el vehículo antes del transcurso de la unidad completa de hora y de que el empresario no le ofrece ninguna contraprestación por el tiempo en el que no usa el aparcamiento. Esta forma de fijar el precio resulta sorpresiva por contradecir la expectativa razonable de cualquier usuario de pagar en proporción al tiempo de uso (si la hora vale tanto, 1/2 de hora, vale la mitad de tanto). Y supone una alteración del precio "consentido" por el usuario (tanto por hora)²⁶.

Sin embargo, el predisponente informa nítidamente de la fórmula "por hora o fracción". Cualquier usuario que se detenga a leer el cartel que publicita el precio del servicio encuentra que el precio se computa "por hora o fracción". Ello impide la aplicación de la regla de las cláusulas insólitas o sorpresivas²⁷. En último extremo, por este camino tampoco llegaríamos muy lejos, pues es sabido que nuestro Derecho positivo no ha recibido esta técnica específica de control proveniente del Derecho alemán²⁸.

8. Los elementos de ponderación para el test de buena fe

Una vez determinado el carácter *prima facie* injustificado de la fórmula contractual elegida, queda por determinar si, ponderando los intereses de la parte empresarial y los costes de determinación de los elementos esenciales del contrato en una contratación en masa, el método de cálculo "por hora o fracción" encuentra finalmente alguna justificación que lo haga razonable.

Una razón para considerar objetivamente razonable la fórmula de cálculo sería la dificultad de un método de cálculo alternativo o los altos costes de determinación alternativa del precio de la prestación. Pero una defensa de este tipo sería improcedente. Como demuestran otros muchos sectores de la contratación con consumidores, no existen costes adicionales irrazonables para el cálculo exacto del precio tomado en consideración el tiempo exacto de aparcamiento, y así lo demuestran diversas experiencias en este sector del tráfico²⁹. Otros sectores mucho más especializados, con superior volumen de contratación y una mayor velocidad en los consumos de unidades de servicios, como es el de las telecomunicaciones³⁰, prueban que una facturación

²⁵ V. ALFARO, *Las Condiciones Generales*, págs. 266.

²⁶ V. ALFARO, *Las Condiciones Generales*, págs. 269 y ss.

²⁷ V. ALFARO, *Las Condiciones Generales*, pág. 272.

²⁸ Sobre la aplicabilidad de esta regla a pesar de no estar expresamente contemplada ni en la LCGC, ni en la LGDCU vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., "Artículo 7", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi. Pamplona, 1999, págs. 235-258, concr. pág. 257.

²⁹ Por ejemplo, en Barcelona, los aparcamientos de la *Societat Municipal d'Aparcamets* han pasado a denominarse *Minut Park, l'aparcament per minuts*. Naturalmente, ello no es sólo un cambio de nombre, sino que supone una novedad en el modo de tarificación, pasando de fracciones de 15 minutos a fracciones mínimas de 5 minutos.

³⁰ Cfr. la *Orden de 31 de julio de 1998 sobre reequilibrio tarifario de servicios prestados por "Telefónica, S.A"* (BOE núm. 188, de 7-8-1998), que obliga a la empresa a tarificar el consumo de los servicios telefónicos medidos empleando como unidad de tiempo el segundo, excepto aquéllos para los que se especifique otra forma de tarificación (apdo. 1), como es el caso de las llamadas desde terminales

ajustada al tiempo real es posible sin costes irrazonables para la empresa de servicios. El cálculo del tiempo real de estacionamiento no es más complejo, ni tiene mayores costes asociados, que el cálculo de cualesquiera otras prestaciones cuya facturación depende de unidades de medida. No se aprecia la diferencia por la que haya de resultar admisible una fórmula de “hora o fracción”, y sin embargo todos hubieran de considerar inadmisibles el cálculo del precio de la fruta a unidades de euro por “kilo o fracción”, o el precio de la gasolina a unidades de euro por “litro o fracción”.

La segunda razón que pudiera en teoría justificar el procedimiento de cálculo examinado sería la inaprovechabilidad de los restos de tiempo no consumidos. Es decir, que el servicio de aparcamiento efectivamente no dispuesto hasta las horas en punto sería un servicio de rendimiento hundido e irrescatable para la empresa, que no podría obtener una utilidad alternativa alquilando la plaza durante este tiempo a otro usuario. Pero como se deduce del sólo hecho de su planteamiento, esta hipótesis se revela como absurda, pues el espacio de aparcamiento es el tipo de *utility* que no se amortiza con un uso, y las empresas de aparcamiento ciertamente no “mantienen en reserva” la plaza para el usuario que no llegó a consumir las unidades de hora facturadas.

La tercera justificación que se nos ocurre también es especiosa. La cláusula “por hora o fracción” estaría justificada en un tipo de contratación en el que una de las partes no puede determinar *ex ante* el tiempo en que ha de prestar su servicio; es decir, no sabe por cuánto tiempo va estar obligado a prestar sus servicios. Distinto sería el caso – seguiría el argumento – de que el cliente contratara individualmente en cada caso al entrar en el aparcamiento el tiempo exacto de estancia, para que de esa forma la empresa pudiese calcular el volumen económico del contrato, y, en su caso, la rentabilidad del mismo. Sin embargo, no se ve cómo pueden afectar estas consideraciones a la cuestión debatida, salvo que se viera en la cláusula de “por hora o fracción” una especie de penalización o multa penitencial que permite al cliente marcharse cuando quiera, sin estar sujeto a plazos, o una compensación a la empresa por verse abocada a entrar en un contrato donde un elemento esencial del mismo se determinará posteriormente al arbitrio de la otra parte. Si bien se piensa, empero, qué más le da al empresario titular del aparcamiento el no poder anticipar el tiempo de duración de cada uno de los servicios de estancia contratados, pues en todo caso son los clientes los que “vienen a él”, que no incurre por su parte en costes de “búsqueda” para paliar las consecuencias económicas negativas del abandono de la plaza por el anterior ocupante. Y en esto se diferencia de un simple arrendador, que tiene o puede tener costes considerables para proporcionarse inquilinos alternativos ante un abandono inopinado del primer ocupante.

9. La “hora o fracción” como *prima*

de uso público, situados en dominio público de uso común (apdo. 7º); y la Orden de 10 de mayo de 2001 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del gobierno para Asuntos Económico del Acuerdo por el que se modifica el Acuerdo de 27 de julio de 2000 por el que se establece un nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por Telefónica de España, S.A.U., la cual exige que, a partir del 1 de enero de 2002 (BOE núm. 118, de 17-5-2001), las llamadas desde teléfonos de uso público (cabinas) sean tarifadas por segundos y no por el sistema de impulsos o unidades de tarificación, método de tarificación que es siempre más beneficioso para el usuario al permitir ajustar con mayor precisión el coste de la llamada al tiempo real de uso.

Una consideración que permitiría salvar la legalidad de la fórmula de cálculo discutida sería la de considerar que esta fórmula esconde en realidad una prima (arts. 8 LCD y 32 LOCM) que las empresas de aparcamiento conceden a los usuarios que ocupan la plaza por unidades exactas de hora. El argumento sería el siguiente: lo que hace la empresa es primar la estancia por horas, pues a partir de una determinada unidad de consumo, el cliente disfrutaría gratis del tiempo restante que quedase hasta alcanzarse la unidad de hora completa. Pero tampoco este argumento sería de recibo. En primer lugar, porque en tal caso quedaría indeterminado el precio de la prestación principal, salvo que sostuviéramos que la prestación principal lo constituye la facturación de un segundo de tiempo. En efecto, como desde el primer segundo de tiempo se cobra la unidad de hora, resulta que a partir de este primer segundo, todo sería prima hasta la próxima hora. En definitiva, que el precio de facturación sería de un precio de euros/segundo. Aparte de que tal consideración no es creíble, y su mero planteamiento sería revelador de cinismo, la práctica de la venta con prima sería ilegal, pues se habría conseguido la oferta de la prima por medio de una publicidad engañosa. En los términos del art. 8.2 LCD, la prima habría inducido al usuario a error por hacerle sobremanera dificultoso la apreciación del valor efectivo de la oferta. En último extremo, la prima sería desleal, porque estadísticamente en la mayoría de los casos la sedicente prima sería superior en más de un 15% al precio de la prestación principal.

Pero tampoco puede ser prima por consideraciones de orden sustancial. La prima es un método de promoción comercial de determinados productos o servicios. Mas la empresa de aparcamientos no promociona con ello el consumo de unidades/segundo de aparcamiento. La empresa de aparcamiento no promociona estas unidades/segundo, pues no se dirige al usuario diciéndole: “Si usted consume un segundo de nuestra oferta de aparcamiento, le regalamos todo lo que llegue hasta la hora”. De hecho, la empresa carece de fines promocionales y concurrenciales cuando utiliza la fórmula discutida. Y el usuario tampoco es susceptible de apreciar la prestación como prima, pues aquél determina su tiempo de estancia en el aparcamiento en función exclusivamente instrumental de otras finalidades. No existen incentivos neutros para el consumo suplementario de tiempos de aparcamiento, pues ningún usuario valora el aparcamiento como tal en función del interés adicional de permanecer más tiempo inútilmente ocupando la plaza.

Como el servicio “regalado” sería irrenunciable por el usuario, y debería ser adquirido conjuntamente con la prestación principal, se trataría de una venta conjunta, como tal prohibida por el art. 34 LOCM, pues el supuesto no es encuadrable en ninguna de las excepciones previstas en esta norma³¹. Es como si el empresario dijera: “Realmente el precio de la prestación principal es 1/60 avas partes del precio ofrecido, pero el resto lo pagas necesariamente, quieras o no”. Sería realmente una cláusula cuya nulidad resulta sin más de la DAD 1ª.23ª LCU, pues al consumidor se le estaría imponiendo *velis nolis* un servicio no contratado. Y hay otra diferencia no insustancial entre las ventas conjuntas ordinarias [las que estarían legitimadas por la letra b) del art. 34 LOCM] y la facturación por “hora o fracción”. Pues en las ventas conjuntas impuestas por la práctica

³¹ Artículo 34. 1. “Queda prohibido ofrecer conjuntamente y como una unidad de contratación dos o más clases o unidades de artículos excepto en los casos siguientes:

- a) Cuando exista una relación funcional entre los artículos ofertados.
- b) Cuando sea práctica comercial común vender ciertos artículos en cantidades superiores a un determinado mínimo.
- c) Cuando se ofrezca, simultáneamente, la posibilidad de adquirir los artículos por separado y a su precio habitual”.

del comercio, el resto de las unidades que exceden de las que en principio uno estaría dispuesto a contratar, se pueden consumir, y la mayoría de las veces no padecen de utilidad marginal decreciente. El que compra el *pack* de cuatro yogures, porque no se venden por separado, puede de hecho consumir antes o después los cuatro yogures, y además, una vez pagados, impide que el empresario pueda volver a rentabilizar con otra venta el precio de los yogures que exceden de lo que en un principio uno quería adquirir.

10. El falseamiento del mercado

La señal que se lanza al mercado en este tipo de ofertas es engañosa y viola el principio de transparencia de los precios de los bienes y servicios (art. 23 LCU³²), y el derecho de los consumidores a recibir información (art. 13.1. LCU³³).

La exigencia de transparencia se predica de la formación y presentación del precio de los servicios³⁴ y puede calificarse como un principio general que rige la formación de los precios en el mercado, ya sean precios fijados o controlados por la Administración (v.gr. precios de los medicamentos, de los hidrocarburos o de ciertos servicios de telecomunicaciones)³⁵ o precios "libres" (ej. precios de productos alimenticios). No obstante, la normativa de protección de los consumidores ha insistido más en la exigencia de transparencia en la fase de presentación del precio, que en la fase de formación del mismo. Así, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, pretende el incremento de la transparencia mediante la imposición de la indicación o exhibición

³² "[L]os poderes públicos [...] velarán por la *exactitud en el peso y medida de los bienes y productos [y] la transparencia de los precios [...]*" (redacción dada por la DA 1ª Cuatro LCGC, antes de la reforma, el texto se incluía en el art. 10.5 LCU).

³³ El artículo 13.1 LCU establece que los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar información sobre el precio, "indicando con *claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio* y el importe de los incrementos o descuentos,...".

³⁴ V. MALARET I GARCIA, E., "Artículo 10.5" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R y SALAS, J. *Comentarios A LA Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas. Madrid, 1992, págs. 348-353, conr. págs. 351 y 352 y "Disposición Adicional 1ª Cuatro: Art. 23, último párrafo LGDCU" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi. Pamplona, 1999, págs. 817-825, conr. págs. 823 y 824.

³⁵ En la normativa reguladora del sector de las telecomunicaciones es una constante la exigencia de transparencia en la fijación de precios, tanto en las relaciones entre empresarios (art. 26 Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones), como en las relaciones con usuarios (art. 17 Directiva 98/10, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre la aplicación de la oferta de red abierta a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, art. 18.3 RD 1736/1998, de 31 de julio, que aprueba el Reglamento de desarrollo del Título III de la LGT, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones). Esta exigencia de transparencia se concreta en obligaciones contables impuestas a los operadores, en la obligación de dar publicidad a los precios y de desglosar los mismos, de forma que el usuario pueda conocer los precios, optar por las diversas prestaciones ofrecidas por el conjunto de los operadores y en cualquier caso no pagar por prestaciones o facilidades no solicitadas (cfr. arts. 17.4 Directiva 98/10). Sobre el principio de transparencia en relación a los precios de los servicios de telecomunicaciones v. CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, "Interconexión y acceso a redes", en ARPÓN DE MENDÍVIL Y CARRASCO PERERA (Coordinadores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi. Pamplona, 1999, págs. 461- 542, conr. pág. 494-497 y de los mismos autores y en la misma obra "Los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones", págs. 603-692, conr. págs. 646-652.

obligatoria del precio de venta y la mención del mismo por unidad de medida (kilogramo, metro, metro cuadrado...) "a fin de mejorar la información de los consumidores y de facilitar la comparación de los precios" (art. 1)³⁶. Sólo algunas normas sectoriales, como la normativa reguladora de los precios de los servicios de telecomunicaciones, se han ocupado de incrementar el grado de transparencia en la fase de fijación o determinación del precio³⁷.

Las exigencias del principio de transparencia en la fijación del precio se traducen en la determinación del mismo por fracciones de tiempo mínimas, de modo que se permita al usuario no sólo conocer el precio del servicio, -contenido propio del derecho de información ex art. 13.1, d LGDCU-, sino también controlar sus gastos.

El Derecho de las telecomunicaciones, que puede servir como ejemplo, contempla expresamente el control de gastos por los usuarios como un bien jurídico susceptible de protección, -al menos por lo que se refiere a las facilidades que integran el servicio universal de telecomunicaciones-, y a estos fines obliga a facilitar la facturación suficientemente detallada y desglosada³⁸. Sin perjuicio de los específicos instrumentos de aplicación en cada actividad, no hay inconveniente en afirmar que el control de gastos es uno de los legítimos intereses económicos y sociales de los usuarios, que los poderes públicos están llamados a proteger (arts. 51.1 CE y 2.1, b LGDCU)

La fijación del precio "por hora o fracción" vulnera el principio de transparencia en la fase de formación del precio, en concreto, en la elección de la "unidad de medida". Pues la fórmula impide al usuario conocer el precio real del servicio y correlativamente, planificar y moderar su gasto, conforme a sus necesidades (le es indiferente permanecer en el aparcamiento cinco, quince o sesenta minutos, en todos los casos deberá abonar el precio de una hora). En consecuencia, dicha práctica ocasiona un déficit de información perjudicial para el usuario y una desprotección de sus legítimos intereses económicos (art. 2.1, b LGDCU), en cuanto quedan limitadas sus posibilidades de conocer el precio y racionalizar el gasto.

Por otra parte, el principio de transparencia es un medio de promoción de la competencia en el mercado en cuanto obliga a las empresas a realizar un uso más eficiente de los recursos y a minimizar los costes a fin de ofrecer precios más competitivos. Naturalmente, el empresario que actúa en el tráfico con un elevado margen de beneficio empresarial derivado de la fórmula de fijación del precio, carece de incentivos para minimizar costes y ofrecer precios más competitivos, en beneficio de los usuarios.

El sistema de facturación por "hora o fracción" no sólo produce una incorrecta información contractual sobre el precio de los servicios, sino que ocasiona una distorsión generalizada de los precios del mercado. Pues de hecho, aquellos casos que se ajustarían a la unidad de precio-hora promocionadas o anunciadas son la inmensa minoría, hasta el punto de devenir una hipótesis meramente marginal la del usuario que ocupa la plaza contratada por unidades exactas de hora. Lo normal es que semejante

³⁶ El mismo fin se persigue en la Directiva "Transparencia" 89/105/CEE, de 21 de diciembre de 1988, relativa a las medidas que regulan el precio de los medicamentos.

³⁷ Vid. *supra* la normativa sobre tarificación por segundos citada en nota.

³⁸ Cfr. arts. 14,17 y cdos. 4, 13 Directiva 98/10, art. 18.3,a) RD 1736/1998 y aún con mayor rotundidad la nueva Directiva del Servicio Universal, cuyo art. 10 lleva por título "control de gastos".

situación no se produzca, con la consecuencia de que en la práctica totalidad de los casos los usuarios acaban pagando un precio mayor del que resultaría de la facturación adecuada a unidades de tiempo real.

La distorsión del mercado no se produce cuando el empresario fija el precio de la fracción (tanto por tanto tiempo). Esta facultad pertenece al ámbito de su libertad empresarial. La distorsión se produce en la medida en que dicha fórmula de fijación del precio no distingue distintas fracciones (todas las fracciones de tiempo desde un segundo hasta 60 minutos tienen un precio idéntico). La práctica dejaría de distorsionar el mercado si el empresario estableciera precios distintos para fracciones de tiempo distintas, de modo que el usuario pudiera racionalizar sus gastos y tomar sus decisiones de mercado.

Los poderes públicos están obligados a promover la protección de los intereses de los usuarios (art. 51.1 CE), a salvaguardar las condiciones de competencia en el mercado (art. 38 CE) y a velar por la transparencia en la fijación y presentación de los precios de los bienes y servicios (art. 23 LGDCU). Por todo ello, en cualquier sector de la actividad económica se ha de requerir el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de transparencia.

