

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 14
MADRID**

SENTENCIA: 00565/2005

Rollo: RECURSO DE APELACION 445 /2004

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

PABLO QUECEDO ARACIL
AMPARO CAMAZON LINACERO
PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

En MADRID, a ocho de septiembre de dos mil cinco.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 14 de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de JUICIO VERBAL 1107 /2003, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 46 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 445 /2004, en los que aparece como parte apelante Galdos, S.A., VIBEL, S.L., PARKING CAMPILLO, S.L., VINCI PARK ESPAÑA, S.A., Sociedad Unipersonal, y EL CORTE INGLES, S.A., representados por el procurador D. ANTONIO GARCIA MARTINEZ, D. JUAN LUIS PEREZ-MULET SUAREZ, y D. CARLOS ANDREU SOCIAS, y como apelados TORIMBIA, S.L. y MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, este último, representado por EL ABOGADO DEL ESTADO. Apelantes y apelados formularon oposición a diferentes recursos en base a los escritos que a tal efecto presentaron, sobre acción de cesación de utilización de cláusula abusiva, y siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a AMPARO CAMAZÓN LINACERO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia n° 46 de Madrid, en fecha 20 de Marzo de 2004 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por el MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, representada por El Abogado del Estado frente a PARKING CAMPILLO S.L., VIBEL S.L., Galdos S.A., TORIMBIA, S.L., VINCIPARK ESPAÑA, S.A. Y EL CORTE INGLÉS. Condeno a las entidades demandadas a eliminar de sus condiciones generales la cláusula "o fracción" y a cesar en su utilización, así como a publicar a su costa la sentencia en un periódico de los de mayor circulación en el territorio nacional.

Condenando a la parte demandada al pago de las costas causadas."

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte Galdos, S.A., VIBEL, S.L., PARKING CAMPILLO, S.L., VINCI PARK ESPAÑA, S.A., Sociedad Unipersonal, y EL CORTE INGLES, S.A.; formulando apelantes y apelados oposición a diferentes recursos, y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los

artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 17 de Mayo de 2005.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales, excepto en el plazo para dictar sentencia, debido al cúmulo de asuntos pendientes que pesan sobre esta Sección.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

PRIMERO.- El Abogado del Estado, actuando en nombre del Instituto Nacional del Consumo, organismo dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, ejercita contra las empresas Vibel S.L., (Murcia), Parking Campillo S.L., (Murcia), Vinci Park España S.A., (Madrid), El Corte Inglés S.A., (Madrid), Galdos S.A., (Madrid), y Torimbia S.L., (Madrid), que explotan privadamente aparcamientos públicos, acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, al amparo del artículo 16.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y del artículo 10 ter.3.a.9, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificado y adicionado por la Ley 39/2002, de 28 de octubre; acción que tiene por objeto el cese de la utilización de la cláusula consistente en introducir en los aparcamientos públicos, al fijar el precio, junto a la palabra hora (o media hora), la expresión "o fracción" o, sin tal inclusión, el cobro en la práctica de una hora (o media hora) completa aunque no se estacione el vehículo durante ese tiempo completo, alegando que se trata de una cláusula abusiva y condición general nula, incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, susceptible de control y cuya utilización ha de cesar, porque no se refiere a un elemento esencial del contrato, en este caso, "el precio determinado en función del tiempo de estacionamiento" a la vista del artículo 1 de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, toda vez que la cláusula "o fracción" es una cláusula que "se aplica o afecta al requisito esencial del precio pactado por las partes aunque no es al que directamente se refiere el precio" y es eventual su aplicación, por lo que puede devenir innecesario

en el supuesto de que no concurra la circunstancia a la que se refiere, es decir, que se supere el tiempo de estacionamiento a la fracción tomada como medida, apoyándose en la argumentación contenida en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Madrid, de 11 de septiembre de 2001, confirmada por la de 10 de octubre de 2002, de la Audiencia Provincial de Madrid, relativa a la nulidad de la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés que determinada entidad bancaria incluía en los contratos de préstamo hipotecario a tipo variable, que no contempla la posibilidad de redondeo a la baja, produciendo el redondeo al alza un perjuicio al consumidor que ocasiona un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes en contra de las exigencias de la buena fe y provoca el enriquecimiento injustificado del empresario e incrementa notablemente el precio del servicio ya que en la casi totalidad de los supuestos el usuario abona el precio por un tiempo superior al que realmente permanece estacionado su vehículo, pudiendo, además, incardinarse la cláusula en alguno de los supuestos previstos en el número 23 (imposición al consumidor de bienes o servicios complementarios no solicitados) y en el número 24 (incrementos de precio por servicios accesorios o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso), permitiendo la tecnología actual ajustar los parámetros por los que las máquinas automáticas cobran por los servicios prestados realmente e incluso facilitar el cambio requerido. Las demandadas se oponen a la demanda por los motivos expuestos en la vista, sucintamente recogidos en la sentencia recurrida y reiterados, con mayor detalle, en los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de instancia.

La sentencia de instancia declara nula la cláusula por abusiva aplicando el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con el artículo 12.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y la Directiva 13/93/CEE y estima la demanda razonando lo siguiente: la Ley 40/2002 no contempla, ni admite, la cláusula objeto del litigio, por lo que no resulta de aplicación el artículo 4.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y el principio de libertad de pacto encuentra sus límites en el respeto a la ley imperativa o necesaria, las buenas costumbres, el orden público y la buena fe, atendiendo al fin del conjunto negocial conforme al fin económico y social del contrato y al interés o satisfacción del resultado perseguido por las partes, principios generales informadores que residen no solo en el Código civil sino también en las leyes especiales, entre ellas, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y demás disposiciones en la materia, cuyo contenido sirve de parámetro interpretativo de la autonomía negocial del artículo 1.255 del Código civil, como correctivo de las

desigualdades producidas por la contratación en masa y a través de contratos tipo o de adhesión y con el fin de evitar toda posible indefensión jurídica de los usuarios de servicios; la cláusula en cuestión está sujeta al control de las normas protectoras de consumidores ya que el texto del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no fue reproducido, en su transposición, en la Ley nacional 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y modificación parcial de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y, por otra parte, no puede entenderse que la cláusula sea esencial en el contrato, como integrante del precio, pues en el contrato de aparcamiento los elementos esenciales son las obligaciones de garaje y de custodia y el pago del precio y éste se determina, según el artículo 1 de la Ley 40/2002, en función del tiempo de estacionamiento, pero la relación precio-tiempo de estacionamiento viene determinada por el tiempo real de estacionamiento y no por éste más un plus que la empresa titular tenga a bien establecer, de modo que el tiempo de estacionamiento que constituye la referencia legal para el cálculo del precio no es otro que el real y la operación de sumar al tiempo real la fracción, el resto hasta completar la hora (o media hora, en su caso), no es elemento esencial del contrato sino una conducta añadida que produce un incremento de la ecuación legal precio-tiempo y que carece de justificación como elemento esencial del negocio; la cláusula constituye una condición general de la contratación, incorporada a un contrato de adhesión y predispuesta, ya que si bien cabe negociación individual en determinados casos, la cláusula es de aplicación automática en todas aquellas estancias inferiores a un día que constituyen el uso ordinario y frecuente de los estacionamientos públicos; la obligación de pago que supone para el consumidor no encuentra contraprestación alguna en la entidad prestadora del servicio, suponiendo un perjuicio patrimonial real al consumidor, que se ve obligado a pagar más de lo procedente y conlleva clara situación de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes porque implica la obtención por aquélla de un sobreprecio objetivo injustificado, con una dimensión económica importante respecto del conjunto de contratos de aparcamiento suscritos con los consumidores y usuarios a quienes se aplica; resulta irrelevante que la cláusula se utilice también en los aparcamientos explotados por concesión de las Administraciones Públicas, entre ellas, el Ayuntamiento de Madrid, porque no puede invocarse la doctrina de los actos propios frente al organismo actor; los efectos de la acción ejercitada se desenvuelven en el ámbito de los consumidores y usuarios, por lo que, el que algunos clientes de los aparcamientos no tengan esa condición carece de relevancia; no cabe valorar si existe o no posibilidad de establecer un sistema de control del tiempo más ajustado, pero es evidente que es posible; el exceso en un segundo de más es mucho más tolerable y menos perjudicial para el consumidor que el exceso de una hora; y como dice la sentencia del Tribunal

Supremo de 7 de julio de 1994, "el sistema de economía de mercado no puede significar la falta de toda protección para los que en él operan como consumidores y usuarios y la libertad en la fijación de los precios no es el valor central que haya que salvaguardar a todo trance con sacrificio de otros intereses personales y sociales".

Las codemandadas Vibel S.L., Parking Campillo S.L., Vinci Park España S.A., y El Corte Inglés S.A., interponen recurso de apelación alegando lo siguiente: 1.- El punto de partida es la regla de libertad de fijación de los precios de los aparcamientos públicos explotados por empresas privadas, como se deduce del artículo 3.1.d) de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, del tenor literal siguiente: "Obligaciones del titular del aparcamiento: En los aparcamientos objeto de esta Ley, su titular deberá: (...) d) Indicar de manera fácilmente perceptible los precios, horarios y las normas de uso y funcionamiento del aparcamiento, que podrá establecer libremente"; y si hay libertad de fijación de los precios también la hay, con tal que se indique de forma claramente perceptible, respecto de los criterios para su fijación, encajando la fijación de la tarifa o precio por horas o fracción de hora en el esquema legal, siendo prueba de ello el rechazo de la enmienda presentada al Senado por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió, durante la tramitación parlamentaria de la Ley, al artículo 3.1.d), con la finalidad de establecer las modalidades de tarifación por minutos y hora y no por horas y fracción de horas y alegando las mismas razones que ahora se esgrimen, y el establecimiento del principio de libertad sin ninguna restricción; la relación precio-tiempo de estacionamiento puede ser usual pero en la Ley no es imperativa, pudiéndose establecer un precio fijo sin relación al tiempo de la estancia como se deduce del artículo 3.1.b de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, al establecer que el titular del aparcamiento está obligado a entregar al usuario un justificante o resguardo con expresión del día y hora "cuando ello sea determinante para la fijación del precio", lo que quiere decir que el día y la hora de entrada pueden no ser determinantes de la fijación del precio. 2.- No puede controlarse el contenido de las cláusulas que definen el objeto del contrato; la Directiva europea 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, cuya incorporación al Derecho español fue el designio de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y de la modificación del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, dice claramente en su artículo 4.2., que no quedan sometidos al control del contenido aquellas cláusulas que se refieran a elementos esenciales del contrato, en concreto, las que se refieran "a la definición del objeto general del contrato ni la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida por otra"; legitimar a los jueces para controlar la justicia o razonabilidad de los precios o prestaciones con carácter

general y con base en una cláusula general como es la "contrariedad a la exigencia de la buena fe" (artículo 10 bis.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) y para toda clase de productos o servicios es inconstitucional por atentar contra los artículos 10.1 y 38 de la CE, ya que la determinación del contenido del contrato ya no quedaría en manos de las partes, sino en manos del juez, la libertad contractual quedaría vacía de contenido y el juez que, con carácter general, controle precios abusivos no es un juez sometido a la ley (artículo 117 de la CE), por la sencilla razón de que no hay precios en la ley que permitan al juez valorar si el recogido en un contrato es abusivo o no y porque sobre la justicia de los precios decide el mercado; por ello, la ley española, en cuanto no recoge el texto del artículo 4.2 de la Directiva europea, ha de interpretarse de conformidad con la Directiva integrando en la primera el contenido del artículo 4.2 de la segunda o, si al tribunal le queda alguna duda, ha de plantearse la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad; el organismo demandante pretende eludir aquélla interpretación alegando que la cláusula discutida (fijación del precio por hora o fracción) no regula el precio, sino que simplemente afecta a él y, olvidando la sutileza que entraña, debe decirse que la cláusula de fijación del precio por hora o fracción no tiene ningún otro alcance que el de fijar el precio y, por tanto, no le afecta sino que lo regula; no es aplicable la doctrina establecida por las sentencias dictadas por esta Audiencia Provincial de Madrid y por otras Audiencias Provinciales que han declarado nulas por abusividad las llamadas cláusulas de redondeo al alza de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios, porque éstas sentencias han declarado nulas las cláusulas basándose en la idea de que se trataba de una cláusula accesoria secundaria y no integrante del precio pactado, ni constitutivo de un elemento esencial del contrato, de manera que el contrato podía perfectamente subsistir eliminando la cláusula y dejándola totalmente sin efecto, lo que no sucede en este caso en que estamos ante un elemento esencial del contrato, esto es, ante el precio pactado y no se puede eliminar el pago de las tarifas por horas o fracción, o más exactamente, el pago de la hora entera aunque se haya consumido sólo una fracción sin dejar sin efectividad el contrato por completo. 3.- No existe cobertura legal en la Ley General de Consumidores y Usuarios para enjuiciar la pretendida abusividad; la prueba del destino de las plazas de aparcamiento o lo que la ley denomina consumidores y usuarios, era del actor, puesto que es un elemento constitutivo de su acción, que está fundada en la abusividad de la cláusula y la abusividad de la cláusula sólo es posible enjuiciarla respecto de los contratos con consumidores y usuarios, no de aquellos otros en que los consumidores no existen o no aparecen; solo una cierta proporción de las personas que utilizan los aparcamientos públicos son genuinos consumidores de acuerdo con el artículo 1.2 y 1.4 de la ley. 4.- No existe abusividad

en las condiciones contractuales discutidas ya que siendo los elementos necesarios para enjuiciar la abusividad de una cláusula que ésta se produzca en contra de la exigencia de la buena fe, cause desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes y se trate de una estipulación no negociada individualmente, no concurre el primer requisito; buena fe en sentido objetivo es un comportamiento objetivo y leal y la decisión de plegarse a un modelo que puede considerarse como honesto y generalmente aceptado, y esto es lo que ha ocurrido pues la cláusula "o fracción" tiene su origen histórico en las concesiones administrativas otorgadas por los Ayuntamientos a las empresas explotadoras de aparcamientos en régimen de concesión y una fórmula inventada por la Administración y utilizada por mandato de ella por sus concesionarios, difícilmente puede ser considerada como contraria a la buena fe; además, es utilizada en la mayor parte de los países del mundo en los que existen aparcamientos en régimen de explotación por los empresarios privados y en la mayor parte de actividades; existe contraprestación cualquiera que sea el modo en que se haya calculado el precio y no existe sobreprecio porque es el precio pactado; se olvida los intereses legítimos de los empresarios que calculan los costes y rendimientos de la explotación tomando en consideración también el tiempo en que permanecen vacíos no por falta de clientes sino porque las rotaciones exigen tiempos muertos.

5.- Ha sido infundada la inadmisión de pruebas y el ejercicio de la acción ha sido arbitrario y discriminatorio; es errónea la selección del tipo de juicio y la limitación de los medios de defensa.

La codemandada Galdos S.A., interpone recurso de apelación alegando los motivos siguientes: 1.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 14 de la CE, así como del artículo 9 apartado 3, en cuanto a la prohibición de discriminación alguna por cualquier otra condición o circunstancia personal o social y por la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos como un principio garantizado por dicha Constitución, al interponerse la demanda contra solo algunas empresas privadas y desistirse de la demanda respecto de Arbepa S.A. 2.- La cláusula configurada por el término "y fracción" no es una condición general de la contratación sino una cláusula esencial del contrato como integrante del precio y por ello sujeta al principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código civil y a la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamientos de vehículos. 3.- Aún cuando la cláusula fuera una condición general de un contrato de adhesión tampoco estaría dentro de las cláusulas abusivas que fija y establece el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. 4.- No se encuentra tipificada en los números 23 y 24 de la Disposición adicional primera de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. 5.- Infracción de los artículos 14, 31.1, 38 y

149.1.1° de la CE, al estimarse la demanda en toda su integridad.

SEGUNDO.- Los motivos de apelación concurrentes de los apelantes se examinarán sin distinción.

El primer motivo que ha de analizarse, aún cuando esté pospuesto en los recursos de apelación, es el relativo a la inadmisión de pruebas en la primera instancia.

En puridad no se trata de un supuesto de inadmisión de pruebas sino de denegación de recibimiento del pleito a prueba por estimar el juez de instancia que los hechos suficientes que pretendían acreditar las demandadas eran hechos notorios y la cuestión quedaba reducida a una cuestión, valga la redundancia, estrictamente jurídica. Propuesta por los recurrentes en esta segunda instancia la práctica de las diligencias de prueba que decían habrían propuesto en la primera de recibirse el pleito a prueba, fue denegada dicha práctica y los autos dictados por esta Sala, en fecha 27 de septiembre de 2004 y 17 de marzo de 2005, dan respuesta a la cuestión aquí suscitada y los argumentos en ellos expuestos se dan por reproducidos en la presente resolución, lo que conduce a sostener que la denominada inadmisión de pruebas en la primera instancia no ha sido infundada. Es notoria la utilización de cláusulas iguales a la discutida no solo en aparcamientos explotados privadamente sino también en los de las Administraciones públicas objeto su explotación de concesión a empresas privadas y en otras actividades distintas, públicas y privadas (servicios especiales de diferentes administraciones, alquiler privado de vehículos, etc.); notoria es también la concurrencia en los aparcamientos de usuarios en el sentido legal, esto es, destinatarios finales de la utilización o disfrute del servicio, (artículo 1.2 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) y de usuarios excluidos de la consideración legal de consumidores y usuarios, cuales son, los que utilizan o disfrutan el servicio integrándolo (directamente) en otro proceso de producción o comercialización (artículo 1.3 de la misma ley), como pueden ser las empresas que estacionan los medios de transporte de las mercancías que comercializan, la posibilidad de negociar en determinados supuestos los precios del estacionamiento y gratuidad en otros por la utilización del servicio (empresas que alquilan para sus directivos o trabajadores determinadas plazas que se reservan por períodos superiores al día, abonados por días o meses, descuentos, utilización de tarjeta etc.) y la existencia de tiempos muertos en los aparcamientos provocados por el propio sistema (en parte provocados por la existencia de un tiempo de cortesía otorgado por el empresario entre el pago del precio y obtención del tique de salida y la salida efectiva del vehículo del estacionamiento a la calle);

por ello, la pretensión de acreditar tales extremos era improcedente y el recibimiento del pleito a prueba fue correctamente denegado. Por último, el organismo actor es quien ejercita la acción de cesación, de modo que es quien ha de acreditar que la condición general es nula por abusiva y, por ello, que cumple los requisitos exigidos por la ley para tal consideración, lo que conduce a sostener que las demandadas no pueden alegar indefensión por inadmisión de prueba respecto de si existe detrimento económico o no y de quién porque la prueba de esos extremos (presupuestos del desequilibrio que provoca el detrimento económico) corresponde, si no fueren notorios, al actor.

TERCERO.- La acción colectiva de cesación de condiciones generales se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz y su cauce es el juicio verbal (artículo 12.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, en redacción dada por la Disposición final 6ª.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, y artículo 250.1.12 de la Ley de Enjuiciamiento civil adicionado por la Ley 39/2002). Ciertamente, la acción de cesación presupone la existencia de una o varias condiciones generales de la contratación nulas y su utilización pero no exige la declaración en otro proceso anterior de la nulidad de la condición o condiciones generales cuya utilización se pida el cese. En el mismo proceso verbal en que se ejercita la acción de cesación puede discutirse la nulidad de la condición general como presupuesto de la misma, sin que sea precisa la petición expresa de declaración de nulidad por estar implícita, en cuanto presupuesto, en el ejercicio de la acción de cesación. Ninguna limitación de los medios de defensa se produce a las demandadas por la utilización por el organismo actor del cauce procesal legalmente previsto para el ejercicio de la acción de cesación.

CUARTO.- La demanda se articuló inicialmente contra siete mercantiles que explotan privadamente aparcamientos y durante el proceso el organismo actor desistió de la demanda en cuanto dirigida contra una de las mercantiles demandadas al no haber sido citada antes de la celebración de la vista. La razón del desistimiento es obvia: no retrasar el proceso ya que la vista no podía celebrarse en tanto no fuera citada la séptima demandada. Las actas aportadas por el actor justifican que no solamente las demandadas utilizan la cláusula litigiosa y el actor lo conoce sino que son más empresas privadas las que emplean la cláusula y son conocidas por el actor y es notorio que la cláusula se utiliza no solo en los aparcamientos de las

empresas privadas sino en los aparcamientos de la Administración pública objeto de concesión. Sin embargo, y aún cuando el actor no haya explicado la razón por la que únicamente se dirige contra algunas empresas privadas -solo lo explica en el escrito de oposición a los recursos de apelación-, no cabe apreciar la arbitrariedad, discriminación y "selective prosecution" que alegan las demandadas apelantes; partiendo de que no se existe norma que imponga el ejercicio simultáneo de las acciones de cesación contra todos los empresarios que utilicen la misma o similar cláusula, en primer lugar, no resulta procedente trasladar al ámbito civil principios propios del derecho administrativo sancionador y del derecho penal dada la diferencia de los intereses en juego, máxime cuando el actor ejercita la acción en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios y no de las Administraciones Públicas (diferente función atribuida al actor); en segundo término, sería desproporcionada la exigencia de demandar el actor a todas y cada una de las empresas que utilizan la cláusula en un solo proceso dadas las dificultades obvias que surgirían a la hora de emplazar a todas ellas por su elevado número, lo que elimina la falta de justificación en la desigualdad del trato; por último, la resolución que se dicte marcará con plena igualdad la actuación de los aparcamientos que utilicen la misma condición general ya que éstos deberán actuar de acuerdo con la decisión adoptada y, en el caso de mantenerse la nulidad de la condición general, dejar de utilizar voluntariamente dicha cláusula y, en caso contrario, bastará con ejercitar la acción de cesación contra el empresario que no deje de utilizarla voluntariamente sin necesidad de volver a plantear la nulidad de aquélla pues ésta es presupuesto del fallo y ya estará declarada en este proceso (artículo 221, regla 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento civil).

QUINTO.- Es evidente la libertad en la fijación de los precios de los aparcamientos como resulta del artículo 3.1.b y d) de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos y, por ello, el reconocimiento legal de la libertad de establecimiento y de fijación del precio, horarios y normas de uso y funcionamiento, con la obligación de indicar tales circunstancias de manera que resulten fácilmente perceptibles y entregar al usuario un justificante o resguardo del aparcamiento, con expresión del día y hora de la entrada cuando ello sea determinante para la fijación del precio. Ahora bien, en contra de lo sustentado por las demandadas apelantes, el artículo 3.1.b) de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, no establece excepción alguna en relación con lo dispuesto en el apartado d) del mismo artículo y en el artículo 1; existe libertad absoluta en la fijación de los precios de los aparcamientos pero, de acuerdo con el citado artículo 1, ese precio, elemento esencial del contrato, ha de

estar determinado en función del tiempo de estacionamiento. El repetido artículo 1 define el contrato de aparcamiento como aquél en que "una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular, para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación, a cambio de un precio determinado en función del tiempo de estacionamiento" y el apartado d) del número 1 del artículo 3, establece la libertad en la fijación del precio; el apartado b) del número 1 del artículo 3, lo único que establece es la necesidad de expresar en el justificante del aparcamiento que debe entregarse al usuario, el día y hora de la entrada cuando ello sea determinante para la fijación del precio (generalmente, estancias inferiores a un día), en contraposición a otros supuestos, como el del abonado por periodos superiores al día (semanas o meses), en que el precio está en función del tiempo en que está reservada y a disposición del mismo una plaza de aparcamiento y en el que el día y la hora de entrada en el aparcamiento no es determinante del precio al ser el estacionamiento contratado por el abonado superior. Por tanto, si bien es cierto que existe libertad en la fijación de los precios, también lo es que éstos, de acuerdo con la Ley 40/2002, se han de fijar necesariamente en función del tiempo de estacionamiento.

SEXO.- Establecida en la ley la libertad en la fijación de los precios o tarifas en función del tiempo de estacionamiento, las cuestiones principales versaban sobre lo siguiente: determinar si la cláusula "o fracción" es una condición general de la contratación susceptible de control por estar incluida en el ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y si es nula, pues ni el rechazo de la enmienda presentada al Senado por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió, durante la tramitación parlamentaria de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, al artículo 3.1.d), con la finalidad de establecer las modalidades de tarifación por minutos y hora, ni la generalidad en la utilización de la cláusula (en los aparcamientos privados, en los que son objeto de concesión por las Administraciones Públicas -fundamentalmente locales-, en España y en Europa, en este tipo de servicios y en otros muchos, públicos y privados), pueden constituirse en circunstancias legitimadoras de la validez de una condición general; el control de validez de la condición general, si realmente es una condición general susceptible de control de contenido, pasa por examinar la misma objetivamente a la luz de la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

SÉPTIMO.- La dualidad de usuarios de los aparcamientos públicos (usuarios en sentido legal y usuarios excluidos de

esa consideración legal según la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) es irrelevante, pues formando parte la condición general de la contratación del usuario en sentido legal, que no puede negociar individualmente la misma por el propio sistema operativo del aparcamiento, la existencia de otros usuarios excluidos no puede esgrimirse con el fin de impedir el control de una condición general que, de serlo, afecta a aquéllos usuarios en sentido legal como sujetos protegidos; es más, los usuarios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley (de conformidad con la Directiva transpuesta, y como aclara la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, el consumidor o usuario protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional), conciertan el contrato de estacionamiento, con carácter habitual, en un régimen diferente al de los usuarios en sentido legal, sin aplicación alguna de la condición general examinada (abonados por días, semanas o meses). Basta que la cláusula "o fracción" esté predispuesta e impuesta a contratantes-usuarios en sentido legal de los aparcamientos para que, en su caso, pueda ser examinada conforme a la normativa protectora de los consumidores y usuarios, sea cual sea la proporción de clientes en quienes concorra la condición de usuarios en repetido sentido legal, pues que tales clientes-consumidores son multitud es un hecho notorio.

OCTAVO.- El artículo 4.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación excluye de la aplicación de la Ley a las "condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte" y a "las que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes". La exclusión hace referencia a unas condiciones generales peculiares por cuanto la voluntad de las partes se limita a un mandato legal: las partes incorporan materialmente o por referencia una norma jurídica preexistente; no se imponen unilateralmente por una parte a la otra sino que son o pueden ser impuestas por el legislador; su origen legal, ya sea de fuente internacional o nacional, conduce a presumir que no son abusivas y ello permite su exclusión del ámbito de aplicación de las normas de control. Cuando la sentencia recurrida hace referencia a este precepto (la referencia a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios es un mero error mecanográfico) correctamente razona que no permite excluir la cláusula "o fracción" del control de contenido conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, ya que la cláusula que determina el precio libremente en función del tiempo de estacionamiento (artículo 1 y 3.1.d) de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre) no es la cuestionada, en cuanto se refiere al

tiempo real (por hora o media hora), pues es irreprochable, sino la cláusula "o fracción", que la citada Ley no contempla, ni admite.

NOVENO.- La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, cuya incorporación al Derecho español fue la finalidad de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y de la modificación del artículo 10 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, establece en su artículo 4.2: "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Esta exclusión se suprimió durante la tramitación en el Congreso de la Ley nacional, al aceptarse la enmienda 71 que justificó esta supresión con el argumento de que "el objeto principal y el precio puedan ser abusivos como es el caso de algunos contratos de préstamos con tipos TAE de más del 30%. Hacer que el coste no pueda ser abusivo supone una gran indefensión de los consumidores". Ahora bien, como aléjan parte de las demandadas apelantes, esta supresión no puede considerarse más que un olvido del legislador de la existencia de una legislación nacional sobre la usura, sin incidencia en la aplicación directa del citado precepto comunitario, so pena de entender que el legislador español quiso apartarse en este extremo de los términos de la Directiva, en una materia que atañe directamente a la política económica fijada por los criterios de la Comunidad Europea, como es la relativa a la fijación de los precios. Por otra parte, como sostiene la doctrina y las demandadas apelantes, el control judicial de la justicia o razonabilidad de los precios y las prestaciones con carácter general y con base en una cláusula general como es la "contrariedad a la exigencia de la buena fe" (artículo 10 bis.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) y para toda clase de contratos referidos a toda clase de productos y servicios será inconstitucional por atentar contra los artículos 10.1 y 38 de la CE, pues la determinación del contenido del contrato ya no quedaría en manos de las partes, sino en manos del juez, quedando vacía de contenido la libertad contractual. Por ello, la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación ha de interpretarse conforme a la Constitución y ello supone interpretar la ley española de conformidad con la Directiva integrando en la primera el contenido del artículo 4.2 de la segunda, ya que el hecho de que se trate de una directiva de mínimos no permite a los legisladores nacionales alterar sustancialmente el modelo jurídico-económico comunitario pues los fines perseguidos por la armonización se verán puestos en peligro si la legislación estatal pudiera entender el control del contenido ilimitadamente, porque no se puede establecer un modelo

distinto al consagrado; la ley nacional, al ser la norma comunitaria una directiva de mínimos (nivel mínimo de protección), puede proteger más al consumidor (artículo 8 de la Directiva transpuesta), y así lo hace cuando amplía el concepto de consumidor (confrontación del artículo 2.b) de la Directiva y artículo 1.2 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) o aumenta la relación de cláusulas abusivas (Disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) respecto de la lista que figura en el Anexo de la Directiva, pero no cabe la alteración sustancial del modelo jurídico-económico comunitario.

Lo anterior no impide, como han sostenido algunos comentaristas de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, un control de contenido de algunos aspectos relativos a los elementos esenciales del contrato, como la forma de determinación del precio cuando ésta sea arbitraria en perjuicio del usuario o consumidor sin justificación objetiva, pues el Anexo de la Directiva 13/93 relaciona como cláusulas abusivas alguna que afecta a la forma de estipular el precio (apartado 1. letra l) que se corresponde con la definida en el apartado 7º, párrafo primero, de la disposición adicional primera.1, de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (a los efectos del artículo 10 bis), relación que constituye una enumeración indicativa no cerrada, de modo que, aunque el supuesto de hecho litigioso no coincida con el previsto en ella, permite sostener que existe posibilidad de control si el procedimiento de fijación del precio es abusivo e injustificado, no del precio en sí. Y es desde esta perspectiva desde la que ha entenderse la cita del apelado de las sentencias que han considerado abusiva la cláusula de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios suscritos a tipo de interés variable (entre otras, sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11ª, de 10 de octubre de 2002 y de Baleares, de 17 de marzo de 2003), que a pesar de "afectar" a la determinación del importe a devolver por el consumidor a la entidad bancaria por el dinero prestado, no se considera un elemento esencial del contrato y someten la cláusula de cálculo al control de contenido conforme a la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, y por remisión al artículo 10 y 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

DÉCIMO.- Llegando a este punto procede determinar: si la cláusula "o fracción" (redondeo por exceso o al alza sobre las fracciones inferiores a la hora o media hora, esto es, inferiores a la unidad de medida del tiempo real en función de la cual se determina el precio) delimita un elemento esencial del contrato, es decir, regula el precio, con la particularidad de que existe reconocimiento legal de la libertad para su fijación y, por ello, no queda sujeta al

control de contenido específico conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al entenderse aplicable directamente, por lo antes expuesto, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril y quedar al margen de ese control, en lo que atañe a su posible carácter abusivo; o si no delimita un elemento esencial del contrato limitándose a "afectarle" sin "regularlo" directamente, en cuyo caso quedará sujeta al control conforme a las leyes antes citadas y al enjuiciamiento sobre su posible carácter abusivo, ya que lo que queda al margen de dicho control de contenido es únicamente la adecuación entre el precio que debe abonar el usuario o consumidor y los servicios o bienes que recibe como contraprestación; exención de control que descansa en la inexistencia de norma que establezca el derecho al justo precio, acorde con el sistema económico de mercado consagrado en el artículo 38 de la CE y, en el contrato de aparcamiento, en el artículo 3.1.d) de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, que establece la libertad en la determinación del precio.

Son condiciones generales de la contratación las cláusulas ya preparadas previamente, predispuestas por un profesional para ser utilizadas en la contratación propia de su actividad profesional o empresarial e impuestas por dicho profesional a sus clientes en los contratos que celebre (artículos 1 y 2.1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación). El requisito de la imposición se concreta en la inexistencia de una negociación individual, como resulta del artículo 2.1, así como de los párrafos 5º, "in fine", y 7º, "in fine", de la Exposición de Motivos de la misma Ley. La adhesión es consecuencia de la imposición, esto es, de la falta de negociación individual. No existe negociación individual de una cláusula cuando el adherente no haya podido influir sobre su contenido (artículo 3.2 de la Directiva 13/93/CEE). La cláusula litigiosa es una clara condición general de la contratación al concurrir los elementos de predisposición e imposición, ya que el usuario se limita a adherirse. Ya hemos dicho que según los artículos 1 y 3.1.d) de la Ley 40/2002, que regula el régimen jurídico aplicable a los aparcamientos, el contrato de aparcamiento es aquella relación contractual en virtud de la cual una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular, para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de "ocupación", a cambio de un "precio determinado libremente en función del tiempo de estacionamiento".

Lo que persigue el usuario cuando acude a un aparcamiento público es estacionar su vehículo y su custodia y vigilancia por un espacio de tiempo variable y abonar un precio conforme al tiempo real que dura el estacionamiento, no una cantidad adicional por un tiempo de estacionamiento ficticio hasta completar la unidad de tiempo tomada en consideración por el

empresario para fijar el precio, que es lo que acontece con la clausura litigiosa. El precio determinado por el tiempo de estacionamiento al que se refiere la Ley 40/2002 es el tiempo de estacionamiento real, de efectiva ocupación del espacio que facilita el empresario, como se deduce del término "ocupación" que emplea el artículo (tiempo de ocupación) y delimita temporalmente los deberes de custodia y vigilancia; en definitiva, desde su introducción al garaje hasta su salida.

Por ello, consideramos, como ha considerado el juez de primera instancia, que elemento esencial según la ley es el precio fijado en función del tiempo de estacionamiento real o efectivo, al menos en la modalidad de aparcamiento más habitual (estacionamientos inferiores a un día), en la que lo pretendido es un estacionamiento en un espacio acotado, bajo vigilancia y custodia de la empresa titular de forma transitoria y puntual (mientras se realiza una compra, una gestión, un trabajo, etc), distinta de aquellas otras modalidades en las que dicha custodia y vigilancia en espacio cerrado se concierta por periodos temporales prolongados y periódicos, (semanas o meses), en las que lo pretendido es la disponibilidad de la plaza de garaje, con independencia del tiempo en que efectivamente se estacione el vehículo, o del número de veces que se entre o salga del recinto, que no da lugar a un pago adicional, circunstancia que no concurre con la modalidad primera. Modalidades diversas que precisamente tienen su cobertura en el artículo 3 de la Ley 40/2002, al establecer la obligación del titular del establecimiento de entregar al usuario un justificante o resguardo de aparcamiento con expresión del día y hora de la entrada, cuando ello sea determinante para la fijación de precios.

Las distintas modalidades no pueden ser tratadas de igual forma, ni pueden extraerse consecuencias de una que no son válidas para la otra en perjuicio de los usuarios, ni cabe considerar elemento esencial del contrato la forma de determinación del precio en los términos que figuran en la cláusula litigiosa, "o fracción", para eximirla del control de contenido, porque esencial y exento de control, en la modalidad contractual considerada, es la ecuación precio-tiempo real o efectivo de estacionamiento, y por tanto, accesorio o no esencial, el incremento ficticio de ese tiempo en un lapso temporal hasta alcanzar la unidad de medida de tiempo considerada para fijar el precio.

Por último, la consideración como accesoria de la cláusula "o fracción" está amparada en otro argumento alegado por el organismo actor, cual es, que, al menos teóricamente, su aplicación tiene carácter eventual porque si el estacionamiento dura la unidad de tiempo completa (una hora o media hora) no entrará en juego la cláusula "o fracción", que supone que ha de satisfacerse la unidad de tiempo completa (hora o media hora) aunque sólo se haya ocupado la plaza de

aparcamiento un minuto. Aquéllos supuestos serán los menos, pero pueden existir y, por tanto, puede no tener que acudir al mecanismo de la adición ficticia complementaria, lo que permite sostener que la cláusula "o fracción" no es elemento esencial del precio, que puede ser estipulado perfectamente sin su aplicación, con arreglo a otros parámetros.

Lo anterior no incide en absoluto en la libertad de precios reconocida legalmente, ni se entra a controlar la justicia o razonabilidad de los precios; los precios pueden tener el alcance que libremente fije el empresario en función del tiempo de ocupación real y efectivo de la plaza de aparcamiento y ello previa valoración de los tiempos de rotación y demás circunstancias que el empresario considere oportuno valorar con el fin de obtener lo que es lícito en el mercado, los beneficios. Se controla una condición general que afecta al precio pero no lo regula. Es legítimo y consustancial a un sistema de economía de mercado consagrado en el artículo 38 de la CE la obtención de beneficios, pero siempre que no sea a costa de los legítimos intereses económicos de los consumidores, que por imperativo del artículo 51 de la CE deben los poderes públicos proteger (de ahí la improcedencia de citar como infringido el artículo 9.3 de la CE), teniendo presente que es un principio que inspira el derecho comunitario el de la "protección de los intereses económicos de los consumidores", conforme al cual los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos (considerandos octavo y noveno de la Directiva 93/13/CEE).

UNDECIMO.- Susceptible de control de contenido conforme a la legislación protectora, procede examinar si la condición general discutida es nula por abusiva como argumenta la sentencia recurrida. El artículo 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación dispone: "1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". El artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considera cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del

contrato y, en todo caso, los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la misma Ley. Los requisitos que han de concurrir para la declaración de abusividad de la cláusula son, por tanto, que se produzca en contra de la exigencia de la buena fe, que cause desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes y que se trate de una estipulación no negociada individualmente.

La falta de negociación individual ya ha sido puesta de manifiesto con anterioridad y es mera consecuencia del sistema automatizado de los aparcamientos y forma de contratar en la modalidad frecuente (ocupación inferior a un día). La doctrina expone que el contrato de adhesión es aquel en el que una de las partes establece un contenido prefijado, de tal modo que la conclusión del contrato no va precedida por una discusión del posible contenido del mismo por las partes contratantes. Las cláusulas no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas, y si los interesados desean contratar, han de hacerlo aceptando el contenido que con carácter inmodificable se da al contrato. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia. Es aquel en que la esencia del contrato, y su cláusula, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente) -sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1997 y 13 de noviembre de 1998-. Son los redactados únicamente por una de las partes y en los que a la otra solo le es permitido la manifestación de su aceptación o, eventualmente, de su rechazo -sentencia de 27 de julio de 1999-. No obsta que la reglamentación la hubiere redactado o confeccionado una de las partes, porque esta circunstancia no hace desaparecer el carácter y naturaleza contractual del negocio convenido libremente, pues lo relevante es si aquella reglamentación se alcanzó con total libertad de obrar y decidir -sentencia de 30 de mayo de 1998-. Aplicando la doctrina expuesta, recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2003, al supuesto presente, resulta evidente que el contrato de aparcamiento, al menos en la modalidad que afecta a los usuarios en sentido legal, es un contrato de adhesión y la cláusula litigiosa no se negocia individualmente en esa modalidad.

La buena fe contractual, en sentido objetivo, consiste en dar al contrato cumplida y debida efectividad, para la realización del fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales de los interesados (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1987, 3 de diciembre de 1991, 9 de octubre de 1993 y 22 de marzo de 1994). Se acepta también el concepto de buena fe que ofrecen las demandadas apelantes: comportamiento objetivo y leal y decisión de

plegarse a un modelo que pueda entenderse como honesto y generalmente aceptable. Sin embargo, en contra de lo sustentado por las empresas apelantes, se considera que no se ajusta a la buena fe la cláusula litigiosa, pues no puede afirmarse que sea un comportamiento objetivo y leal, ni justo, adecuado y proporcionado al interés común de las partes, la imposición al contratante débil, además del pago por la cesión efectiva de la plaza de aparcamiento, de una cantidad adicional hasta completar ficticiamente la unidad de medida del tiempo que determina el precio, cuando en la modalidad de aparcamiento a la que se adhieren los usuarios en sentido legal, la función económica tutelada por el ordenamiento jurídico no es la de obtener la disponibilidad de la plaza de aparcamiento por un período de tiempo determinado y prefijado de antemano, de ordinario, en lapsos temporales superiores al día, sino la ocupación por un periodo temporal variable, de ordinario, algunas horas, de una plaza no determinada en un local vigilado y custodiado por el prestador de servicios retribuido con arreglo a esa ocupación.

La generalidad en la utilización de la cláusula por parte de los empresarios nacionales y europeos, su origen histórico en las concesiones administrativas otorgadas por los Ayuntamientos a las empresas explotadoras de aparcamientos públicos en régimen de concesión y su uso en otras actividades públicas y privadas, no es suficiente para eludir la conceptualización de la cláusula como contraria a las exigencias de la buena fe. El modelo puede estar generalizado y "aceptado" pero solo será conforme a la buena fe si responde a una justificación objetiva y razonable, pues solo así se podrá considerar "generalmente aceptable". Y no existe justificación objetiva y razonable porque es posible la utilización de un método alternativo sin grandes costes en su determinación ya que la tecnología actual permite ajustar los parámetros por los que las máquinas automáticas cobran por los servicios prestados y facilitar el cambio requerido y en los aparcamientos en que el cobro se realiza por personal del mismo nada impide que se pague por el tiempo realmente estacionado, como sucede en otros sectores de la contratación con consumidores (telecomunicaciones) en que, con excepciones, se tarifa el consumo de los servicios medidos empleando unidades de tiempo inferiores a la hora con mayor respeto a la ecuación precio-tiempo real de disfrute del servicio. Tampoco se justifica la cláusula por la inaprovechabilidad de los restos de tiempo no consumidos, es decir, porque el servicio de aparcamiento efectivamente no dispuesto hasta la unidad de tiempo (hora o media hora), sea un servicio de rendimiento no rescatable para la empresa, que no puede obtener una utilidad alternativa alquilando la plaza durante el tiempo no dispuesto a otro usuario, ya que el espacio de aparcamiento es el tipo de utilidad que no se amortiza con su uso y las empresas de aparcamiento no mantienen en reserva la plaza para el usuario

que no llegó a consumir las unidades de tiempo facturadas (hora o media hora).

Lo anterior implica un perjuicio objetivo de carácter patrimonial al consumidor que se ve obligado a abonar un precio por la prestación querida, y por aplicación de la cláusula "o fracción", una suma añadida, sin que obtenga nada más que parte de la prestación a cambio. No es justo el comportamiento consistente en imponer al usuario en todo caso y sin posibilidad de negociación, el pago de una unidad de tiempo prolongada como una hora o media hora, la utilice o no, pues por el mero hecho de usar u ocupar la plaza un minuto o sobrepasar en un minuto la hora o media hora deberá pagarla en su integridad, cuando nos encontramos ante un negocio en el que es esencialmente variable su duración, y que debe retribuirse por su ocupación efectiva, según la interpretación de los artículos 1 y 3 de la Ley 40/2002 antes expuesta. Se produce, en consecuencia, una clara situación de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes en perjuicio del usuario o consumidor, que es la parte contractual más débil, ya que se beneficia exclusivamente a la parte predisponente que ve incrementado el importe a percibir sin prestar a cambio más que parte del servicio ya que cualquiera que sea la superación de la unidad de tiempo considerada para fijar el precio (hora o media hora), por mínima que sea (un segundo), o la ocupación real sin llegar a la unidad (unos minutos), produce el resultado de incrementar el precio y el deber del consumidor de abonar la unidad de tiempo completa contemplada para fijar el precio (hora o media hora), sin que, en cambio, se prevea a la inversa, ya que el exceso mínimo de un minuto no corre a cargo del empresario.

Por último, dentro de la relación de cláusulas abusivas, los apartados 23 y 24 de la disposición adicional primera. V, de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, considera como tales "la imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados" y "los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación". Los citados apartados se refieren al problema de los llamados contratos ligados y su posible ilicitud y no al problema aquí debatido. No obstante, debe decirse que lo que subyace en esta previsión legal es que no es ajustada a la buena fe y causa un perjuicio al consumidor con desequilibrio en los derechos y obligaciones convenidas, la imposición de precios por prestaciones adicionales no susceptibles de rechazo. En el supuesto presente se incrementa el precio de la ocupación por una prestación teórica que se ofrece pero que no guarda relación con la función económica a la que responde el contrato, pues el consumidor no va a ocupar el espacio cedido por horas completas sino en función de otras

variables al ser el uso temporalmente variable por naturaleza. Y ello es conocido por ambas partes, a pesar de lo cual el predisponente, aprovechándose de su posición contractual más fuerte (sin observar el trato leal y equitativo con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta, como dice el considerando decimosexto de la Directiva) impone un sistema de cálculo que solo a él le beneficia, sin que exista posibilidad alguna de rechazar esa prestación adicional que el juego de la cláusula "o fracción" acarrea.

DUODECIMO.- El control de las cláusulas abusivas, como mecanismo de protección de los consumidores, no puede ser tachado como contrario al artículo 38 de la CE, ya que, como refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1999, citada en la sentencia recurrida "(...) no se abriga ninguna duda de que el sistema de economía de mercado no puede significar la falta de toda protección para los que en él operan como consumidores y usuarios, y de que la libertad en la fijación de los precios no es el valor central que haya que salvaguardar a todo trance con sacrificio de otros intereses personales y sociales". El resto de preceptos constitucionales invocados por Galdos S.A., no han sido vulnerados por la sentencia de instancia.

DECIMOTERCERO.- Por todo lo anterior, estando correctamente calificada la condición general como abusiva y, por ello, nula, los recursos de apelación han de ser desestimados.

A pesar de la desestimación de los recursos no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada toda vez que la cuestión litigiosa es dudosa por discutible (artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por Vibel S.L., Parking Campillo S.L., Vinci Park España S.A., Sociedad Unipersonal y El Corte Inglés S.A., representadas por el Procurador don Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez y D. Carlos Andreu Socias, respectivamente, y Galdos S.A., representada por el Procurador don Antonio García Martínez, contra la sentencia dictada en fecha 20 de Marzo de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia número 46 de los de Madrid (juicio verbal 1.107/03) debemos confirmar como confirmamos dicha resolución,

sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del art. 248.4 de la LOPJ.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaria para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.