



INFORME SOBRE EL POSIBLE CARÁCTER ABUSIVO DE LA PRÁCTICA CONSISTENTE EN LA EXIGENCIA PREVIA DE LA EXTENSIÓN EN BLANCO DE UN TALÓN DE PAGO DE TARJETA DE CRÉDITO, A MODO DE GARANTÍA DE PAGO, CON OCASIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE DETERMINADOS SERVICIOS.

La Dirección General de Comercio y Consumo de la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León formula consulta, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, sobre el carácter abusivo de ciertas prácticas consistentes en la exigencia previa de la extensión en blanco de un talón de pago de tarjeta de crédito, a modo de garantía de pago, con ocasión de solicitar la contratación de determinados servicios (alquiler de vehículos automóviles, arrendamientos inmobiliarios, alojamientos hoteleros, alquiler de utillaje, maquinarias, equipos, etc.) a la luz del Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, recogido en la Sentencia de 9 de septiembre de 2014, dictada contra una entidad bancaria, que declara, estableciendo jurisprudencia, que la exigencia de un pagaré como garantía previa en un contrato es una cláusula abusiva.

Asimismo, la citada Dirección General solicita interpretación de la presunción de no existencia de desproporción en los contratos de financiación o de garantías que se recoge en el artículo 88.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante el TRLGDCU), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, a raíz de la misma sentencia.

En función de las dudas que se plantean por la Junta de Castilla y León en cuanto a la interpretación jurídica de las normas del TRLGDCU y del interés general del asunto, la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición considera oportuno proceder a su tramitación de conformidad con el procedimiento aprobado en la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo.



En torno a la consulta se formulan las siguientes consideraciones:

La legalidad de las prácticas a las que se hace referencia, incorporadas en este caso en las condiciones generales de diversos contratos de arrendamiento, deben examinarse a la luz de las disposiciones que en materia de cláusulas abusivas se recogen en el TRLGDCU. De conformidad con tales disposiciones, para que una cláusula de un contrato pueda ser considerada como abusiva se tienen que dar tres requisitos: que no exista negociación individual de las cláusulas del contrato, que se produzca en contra de la buena fe un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, y que las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa, lleven a tal conclusión. Así se desprende del artículo 82 del TRLGDCU que establece la denominada cláusula general. El apartado 4 de este mismo artículo está referido además a la denominada lista negra de cláusulas abusivas recogida en los artículos 85 a 90 del mismo, es decir aquellas cláusulas que en cualquier circunstancia son abusivas:

“4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,*
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,*
- c) **determinen la falta de reciprocidad en el contrato,***
- d) **impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,***
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o*
- f) **contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.”***

Por otra parte, la declaración de nulidad por abusiva de una condición general corresponde, en principio, a los jueces (art. 83 TRLGDCU), sin perjuicio de la función de control y calificación que corresponde, respectivamente, a notarios y registradores (art. 23



de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, art. 84 del TRLGDCU y art. 258.2 de la Ley Hipotecaria).

A las autoridades de consumo les corresponde la potestad sancionadora en materia de cláusulas abusivas, quienes podrán sancionar al profesional que utilice cláusulas abusivas en los contratos (art. 49.1, letra i del TRLGDCU).

Por otro lado, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 14 de marzo de 2014 establece una serie de indicaciones obligatorias para las autoridades nacionales a la hora de determinar el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato. Así, señala la referida sentencia que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En tal sentido, conforme al artículo 25 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, la situación del consumidor, en caso de falta de acuerdo, es la de no quedar vinculado por la orden de pago hasta que no preste su consentimiento.

El «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor, debe apreciarse también mediante un examen de la situación jurídica en que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. A este respecto, conforme al artículo 37 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, el consumidor puede revocar su consentimiento a la orden de pago, pero la posibilidad de esta actuación no parece suficiente para desvirtuar el carácter abusivo de la práctica, ya que la revocación de la orden por el consumidor puede provocar consecuencias indeseadas que le priven del bien o servicio, como ocurriría en el caso de alquiler de un automóvil que el consumidor necesita para llegar a su domicilio o en la prestación de un servicio turístico cuya privación puede suponer la frustración de sus vacaciones.



También resulta evidente que al delegar la cumplimentación del importe en el profesional, el prestador de los servicios puede actuar de manera abusiva poniendo en el talón una cantidad mayor que la del valor de los bienes o servicios efectivamente entregados o prestados. De este modo, tal como se señala la sentencia del Tribunal Supremo de 9 setiembre 2014, en un caso que presenta semejanzas con el que es objeto de consulta: *"se reserva la entidad prestamista un amplio poder unilateral de determinación de la cuantía, coloca a los prestatarios en una posición con escasas garantías de defensa..."*.

Por lo que se refiere a la exigencia de «buena fe» por parte del empresario, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 14 de marzo de 2014 destaca que debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual. A este respecto, la exigencia de emisión anticipada de una orden de pago en blanco parece una muestra de desconfianza que en modo alguno puede considerarse actuación leal o de buena fe.

Partiendo de estas premisas, en el supuesto debatido cabe concluir que estamos en presencia de una cláusula abusiva por los siguientes motivos: se trata de una condición general incorporada a un contrato que no ha sido negociada individualmente y que, en perjuicio del consumidor, produce un desequilibrio importante entre los derechos de ambas partes que es contrario a la buena fe, en la medida en que, la extensión en blanco de un talón de pago de tarjeta de crédito a modo de garantía supone la obtención de un título cuasi-ejecutivo en cuanto implica una orden de pago irrevocable contra una cuenta del consumidor. Ello permite al prestador del servicio reservarse un amplio poder unilateral de determinación de la cuantía del importe de los servicios finalmente prestados, colocando de este modo al usuario en una posición con escasas garantías de defensa en juicio, por cuanto se produce una inversión de la carga de la prueba que se ve dificultada al desconocerse los elementos de hecho y de cálculo para la liquidación. De este modo



se otorga al prestador del servicio una mejora sustancial de su posición jurídica frente al consumidor sin que existan contrapartidas sustanciales para este.

Por último, con independencia de las consideraciones formuladas anteriormente, desde el punto de vista de la liquidación unilateral de la deuda, la sentencia del TJUE señala también criterios sobre el carácter abusivo de la cláusula de liquidación unilateral de la deuda. En tal sentido se indica al juez nacional que se debe tener en cuenta si, a la vista de los medios procesales de que dispone, la cláusula en cuestión dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa (prff. 75). Con relación a este criterio, se puede alegar que la práctica de firmar una orden de pago en blanco dificulta el acceso del consumidor a la justicia ya que le pone ante un pago consumado, contra el que ha de reclamar ante el prestador de los servicios y padecer dificultades probatorias, ya que se invierte la carga de la prueba de los servicios utilizados.

Finalmente pueden resultar de interés los criterios que el TJUE utiliza respecto de la cláusula de intereses de demora, en cuanto se establecen módulos en orden a la determinación de la cuantía de la garantía (prff. 74). Así, mientras que respecto del interés de demora el módulo que determina la proporcionalidad de la indemnización está en el interés remuneratorio o en el interés legal, en el caso de la práctica de firmar una orden de pago en blanco, el módulo está en el valor de mercado de los bienes o servicios prestados.

En el presente caso, al estar en blanco la orden, no hay posibilidad siquiera de valorar si existe proporción entre la garantía y el riesgo que el profesional asume con la entrega anticipada de un bien o la prestación también anticipada de un servicio, lo que inclina a pensar que también por este motivo de la falta de proporción entre servicio y garantía, la práctica es abusiva.



En función de las anteriores consideraciones, la citada cláusula puede encuadrarse en el supuesto contemplado en los apartados 1 y 2 del artículo 88 del TRLGDCU, que contempla las cláusulas abusivas sobre garantías:

“Artículo 88. Cláusulas abusivas sobre garantías.

En todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan:

1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

2. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.”

Por otro lado, también se podría considerar abusiva desde la perspectiva de la falta de reciprocidad, al proporcionar una mayor seguridad de satisfacción al predisponente, sin prever ningún tipo de compensación o medida equivalente a favor del consumidor (artículos 87.1 y 6 TRLGDCU), sino todo lo contrario, ya que le supone la asunción de nuevas obligaciones:

“Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.

“Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.

(...)



6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato...”

Esta interpretación sobre la nulidad de este tipo de cláusulas por su carácter abusivo viene avalada por la sentencia anteriormente citada del Tribunal Supremo, de 9 de septiembre de 2014, con relación a la firma, en este caso, de un pagaré vinculado con préstamo en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es completado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él. La sentencia ha fijado como doctrina jurisprudencial la siguiente: *“la condición general de los contratos de préstamo concertados con consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por el fiador) de un pagaré, en garantía de aquel, en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria, pues permite al profesional eludir las garantías que la normativa procesal exige en títulos no judiciales para que la reclamación de las cantidades adeudadas por estas operaciones puedan tener acceso a un proceso privilegiado que se inicie con el embargo de los bienes del deudor. Además dificulta la defensa de este al no facilitársele los elementos de hecho y de cálculo utilizados para fijar la cantidad reclamada. Supone una inversión de la carga de la prueba, de forma que será el deudor el que habrá de acreditar la incorrección de la liquidación efectuada por el prestamista, a la par que se le priva del asesoramiento previo a la conclusión del contrato y del control judicial sobre las cláusulas abusivas que puedan existir en el mismo.”*

Por último, en cuanto a la segunda cuestión planteada por la Junta de Castilla y León respecto al segundo párrafo del artículo 88.1 del TRLGDCU, que dispone al efecto que *“se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica”* cabe entender que esta disposición contempla una excepción concreta a la regla general de



considerar tales prácticas como abusivas cuando la garantía en cuestión haya sido impuesta por una entidad financiera dentro del marco de actuación que le viene delimitado por su normativa específica, sin que tras la consulta realizada a la Subdirección General del Ministerio de Economía y Competitividad se haya informado de normativa específica alguna que permita avalar la realización de tales prácticas, por lo que en consecuencia cabe concluir que la excepción prevista en el artículo 88.1 del TRLGDCU no sería aplicable en este caso.

Madrid, 9 de marzo de 2016