

Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas

*A current reflection on contractual unbalance and unfair contract terms**

por

GERMÁN DE CASTRO VÍTORES
Universidad de Valladolid

RESUMEN: Este estudio quiere contribuir a la reflexión acerca de hasta qué punto y cómo la lógica de la asimetría contractual y la protección del consumidor, y en general del contratante débil, va y debe ir impregnando diversos espacios de la lógica y el ordenamiento contractual. Esta época de crisis ha revelado también la existencia de abuso contractual, y conviene mirar los pasos que se vienen dando y se podrían dar para hacer efectiva la protección del contratante débil/consumidor. La reflexión toma como punto de referencia algunos aspectos de la reciente actualidad jurisprudencial y legislativa en materia de cláusulas abusivas. Entre ellos aludimos al impacto que alguna jurisprudencia europea ha tenido en relación con el control judicial de estas cláusulas, y en concreto la Sentencia del TJUE de 14 abril de 2013, relativa a la ejecución hipotecaria; analizamos la controvertida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, relativa a las denominadas cláusulas suelo; y dedicamos espacio

* Este ensayo tiene su origen en una intervención en el *Convegno Internazionale «Il diritto delle obbligazioni e dei contratti nel tempo della crisi»*, celebrado en Roma (*Università degli studi Roma Tre*) el 10 de mayo de 2013. Se recogen en el texto algunas de las consideraciones que se hicieron en aquel foro, completadas con noticias que, en la línea que el autor esbozó en aquel momento, han venido a sucederse inmediatamente después. El texto se ha cerrado en las navidades de 2013.

a un tercer asunto, las cláusulas que fijan intereses moratorios y el examen y consecuencias de su eventual carácter abusivo.

ABSTRACT: The purpose of the present study is to contribute to the reflection on how far legal developments over contractual asymmetry and consumer protection (as the consumer is usually the weakest party to the agreement) are influencing different aspects of contract structuring and agreements legal system. The current crisis period has also revealed the existence of many unfair terms on the contracts, so it would be convenient to take a look back with the aim of watching the steps already taken in order to effectively execute the consumer/weak-party-to-the-contract protection, as well as those points that have not been accomplished yet. The present reflection has as a basis some considerations taken from the jurisprudence and legislative recent issues on unfair contractual terms. Amongst these last news, we must highlight recent European jurisprudence related to courts oversight over unfair clauses, and specifically the European Court of Justice Sentence dated April 14th, 2013, connected to foreclosure, as well as the Spanish Supreme Court Sentence dated May 9th, 2013, in regard to the well-known «floor-clauses»; finally, we will also make a review on clauses setting interests in arrears, and their eventual consequences as unfair contractual terms.

PALABRAS CLAVE: Derecho contractual europeo. Asimetría contractual. Contratos con consumidores. Principio de buena fe. Cláusulas contractuales abusivas. Jurisprudencia europea. Ejecución hipotecaria. Cláusulas suelo. Intereses moratorios.

KEYWORDS: *European contract law. Contractual asymmetry. Contracts with consumers. Good faith principle. Unfair contract terms. European jurisprudence. Foreclosure. «Floor-clauses». Interest in arrears.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA ASIMETRÍA CONTRACTUAL.—III. EN TORNO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE MARZO DE 2013 (ASUNTO C 415/11, CASO AZIZ).—IV. APUNTE SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 241/2013 DE 9 DE MAYO DE 2013 (CLÁUSULAS SUELO).—V. ACERCA DE LOS INTERESES MORATORIOS ABUSIVOS.—VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

PLANTEAMIENTO

¿Hasta qué punto debe llegar la protección del consumidor, y en general, del contratante débil, que pudiera ser también un empresario en la contratación

con condiciones generales, o abuso de dependencia económica? ¿Hasta dónde debe llegar la armonización...? Muchas cuestiones se plantean cuando se trata de reflexionar acerca de la lógica de la asimetría contractual, y de cómo impacta esta nueva lógica en aquella que, haciendo un gran esquema simplificador, pudiéramos llamar lógica clásica contractual. Y más aún en estos últimos tiempos, en que, en paralelo con una dura crisis, vivimos en España un momento de ebullición doctrinal y jurisprudencial, y de renovación, en lo que se refiere a esta materia, inducida también desde instancias europeas, legislativas y jurisprudenciales, como probablemente no se había conocido.

Frente a la lógica del contrato como un antes y un después, cuya fuerza vinculante se justifica por el hecho de la firma, y que está profundamente entrañada tanto en la mentalidad del jurista, del abogado, como en el sentir popular, la nueva lógica nos sitúa ante derechos de desistimiento..., nos obliga, no solo a disponer las cosas para que el cliente pueda sopesar su decisión (en lo que se insiste ahora, y hay importantes reformas legislativas en este sentido), sino a prepararnos para un control de contenido. ¡Hay también un control del contenido...!¹, lo que supone que el Juez va a entrar en el contrato, lo va a desmenuzar, destripar, analizar, sacará sus conclusiones y lo podrá podar...

Lógica vieja y nueva. Música clásica y *rock and roll*..., y el intérprete, el juez, y quien se ponga a pensar acerca del derecho contractual, tiene que tener *in mente* el ritmo moderno, sin olvidar la melodía clásica, y no dejar de atender a los acordes clásicos al mismo tiempo que en su cerebro retumba el ritmo más actual... porque además, en realidad las dos lógicas son distintas y a la vez son la misma lógica, si entendemos el significado del consentimiento fuerte y débil, y del contexto de la asimetría contractual².

Muchas instituciones, figuras, conceptos, criterios, que son perfectamente clásicos, vigentes y siempre actuales, han surgido, se han pensado y se han desarrollado en un momento en que los estudiosos no tenían *in mente* la problemática de la contratación estandarizada. Por eso, si construimos un sistema de ideas y de preceptos un poco por encima de todo aquel entramado, pero por muy pomposo que sea, un tanto superficial, la lógica de la asimetría contractual no empapará, no penetrará, realidades prácticas que probablemente habría de informar. He aquí un reto formidable: ir haciendo esta adaptación de un modo equilibrado, y adaptando las soluciones con la conveniente prudencia pero también la necesaria creatividad.

¿Es esto necesario (volvemos a preguntarnos)? ¿No será mejor que la lógica de la protección del contratante débil siga un poco funcionando como un decorado, como la nieve blanca que está allí en la montaña pero sin deshelar nunca y empapar el valle? ¿Y si la nieve se derrite toda de repente, si hay una avalancha, salvaje y sin controlar...? Ante estas preguntas, que suscitan complejas reflexiones, en que ahora no podemos entrar, sí cabe decir, recordando el proverbio chino «busca la verdad en los hechos», que, si algo nos ha enseñado

esta crisis, es que los abusos contractuales, «haberlos, haylos», como reza el célebre dicho galaico. *Ergo*, probablemente habrá que ser cuidadosos, atender a la protección del contratante débil y reaccionar.

Tras años de letargo, hay hoy un momento de ebullición, en que, con más o menos aciertos o errores, la nieve está empezando a deshelar... mucho trabajo reflexivo queda por hacer; examinaremos más adelante, con esta óptica, algún aspecto de la situación actual.

II. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA ASIMETRÍA CONTRACTUAL

Antes de entrar en esas cuestiones, detengámonos aún en un breve desarrollo de alguna de estas consideraciones que vienen a la mente si nos ponemos a pensar sobre asimetría contractual en estos tiempos de crisis, y que se inscriben en el planteamiento que pretendo trasladar al lector, como telón de fondo del examen de unas noticias y vicisitudes concretas cuya exposición, breve y parcial, se ofrecerá en función del propósito de reflexión adoptado. Veamos:

En un artículo publicado a propósito de la STS de 16 de diciembre de 2009, el Notario PÉREZ HEREZA, acerca del estado actual de la protección del consumidor (en este caso, bancario), quiere subrayar la importancia y necesidad de todas aquellas medidas preventivas y ajustes normativos que permitan al consumidor *sopesar* adecuadamente la decisión de contratar³. Y en este sentido, también por impulso (y en alguna ocasión requerimiento imperativo, como recuerda MÚRTULA LAFUENTE) de las autoridades europeas, en los últimos años hemos seguido avanzando en lo relativo a transparencia, deberes informativos precontractuales, formalización e información contractual. Pensemos en la última normativa sobre transparencia bancaria⁴, en las exigencias plasmadas en la nueva Ley de contratos de crédito al consumo, y actualmente en la reforma del TRLGDCU, que quiere afinar en aquellos aspectos con carácter general, y en concreto para la contratación a distancia y fuera del establecimiento mercantil, reflejando también la voluntad de garantizar una contratación reflexiva en la nueva ordenación, más generosa y con especiales requerimientos informativos, del derecho de desistimiento⁵. Ahora bien, si queremos de verdad ayudar al consumidor a *sopesar*, no hay más remedio que aceptar ciertos parones que vienen a ralentizar el ritmo, cesuras que interrumpen la continuidad del proceso de contratación, cierta pausa reflexiva. No es posible, o al menos requeriría una insólita habilidad constructiva de equilibrios, perseguir como un valor absoluto la agilidad, la flexibilidad, la inmediatez en la contratación (será preciso, eso sí, modular esta idea según las peculiaridades de los diversos sectores), y afirmar al mismo tiempo que se van a poner los mejores medios para facilitar al contratante *sopesar* su decisión⁶. Máxime cuando el *desideratum* de un consumidor mejor

informado puede desembocar en un mayor grosor de los prospectos informativos que se le faciliten, lo que nos llevaría a una meditación acerca del *carácter* e *impacto* que ha de tener esta información mejor... Y al pensar acerca de esta pausa reflexiva, es significativo que en la reforma planteada del TRLGDCU, la medida que está suscitando mayor controversia (prueba de la dificultad y factores diversos que juegan en este asunto, pero asimismo de la resistencia a sacrificar beneficio tangible a esta bella idea del *sopesar*), es precisamente aquella que resta valor a la contratación telefónica, requiriendo un plus ulterior⁷, que puede otorgarse inmediatamente, pero tras una «ruptura» (pensemos en un sms enviado al poco tiempo de haberse cerrado la conversación telefónica).

Ahora bien, como hemos recordado, hay «también» un control de contenido. Y en el mismo número de la revista en que PÉREZ HEREZA habla de prevención, información y educación al consumidor, escribe ALFARO un breve apunte que titula «Hay que poder confiar». En esta línea, atendiendo a que conforme a una lógica clásica el esfuerzo habría de concentrarse en propiciar una óptima prestación del consentimiento, cabe pensar que al establecer el control de contenido, el legislador viene a aceptar que con el de inclusión no basta; que por muy bien que organicemos todo lo relativo a la preparación y formalización del contrato, la pretensión ideal de que una vez celebrado no haya que ocuparse ya más que de su cumplimiento, no es alcanzable, por la propia fuerza de las cosas, por la particularidad de la mecánica contractual estandarizada y la posición de asimetría de quienes en ella intervienen.

La lógica del control de contenido es una faceta más de esa nueva lógica de la asimetría contractual a la que hemos aludido, y en ella tiene cabida toda reflexión acerca del equilibrio jurídico del contrato, que permita apreciar el desequilibrio examinando todas las circunstancias. No basta el hecho de la firma para justificar que determinados contenidos formen parte de la vinculación contractual⁸. Frente a la idea de que son los contratantes quienes mejor conocen y aprecian el equilibrio del contrato, y que puede haber razones, en las que el juez no puede o no debe entrar, para justificar lo que han querido como ley entre las partes (como cuando alguien hace una donación), aquí el juez se introduce en el contrato, bucea en él... por ello, ponernos a pensar acerca del sentido de ciertas normas de derecho dispositivo, calibrar si las hay de diverso tipo y significado, comparar distintas situaciones o ámbitos de contratación, etc., todo ello tiene ahora importancia, y hay que «perder el tiempo» en cuestiones como estas, no solo en apreciar la transgresión de los límites básicos marcados por el Código a la libertad contractual y presencia de eventuales vicios del consentimiento.

Los ordenamientos europeos, cada uno con sus particularidades y por caminos no siempre coincidentes, son en general reticentes a propiciar la intervención del Juez en el contrato. Sin embargo, en el ámbito en que nos movemos, constatamos que no solo está prevista con naturalidad, sino que a la Jurisprudencia del TJUE le parece muy apropiada la intervención de oficio, por su efecto

disuasorio útil para alcanzar los objetivos del artículo 7 de la Directiva 13/93⁹. Sin embargo, como deducimos incluso de este apunte, se quiere sobre todo prevenir, configurar el recurso a la revisión judicial del contrato como amenaza educativa, pero con el íntimo deseo de que no llegue a hacerse necesario, pues tampoco es lo ideal. En una especie de paradoja, para prevenir, para evitar que el Juez tenga que reconstruir los contratos, y conseguir que nazcan espontáneamente equilibrados, se hace necesario prever aquella intervención y que sea una realidad tangible y actuante (una especie de *si vis pacem para bellum*).

Haciendo un *excursus* que juzgo ahora oportuno, este control de contenido ha de proteger al contratante débil, y este no tiene por qué ser solo un consumidor. Cuanto más se empequeñece el ámbito del consumidor (y su consideración estricta parece tendencia en Europa), más necesario va a ser plantear la protección del contratante débil que no tenga tal condición¹⁰. En Alemania, tanto la AGB-G como luego el BGB contienen una formulación especial del criterio de proscripción del desequilibrio abusivo contrario a la buena fe, también en la contratación entre empresas, aunque el nivel del control sea distinto y no intervengan las listas de cláusulas abusivas como en la contratación con consumidores¹¹. Por el contrario, entre nosotros, aunque la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales afirma que puede haber aquí desequilibrio contractual abusivo, se limita a indicar luego que su apreciación y consecuencias tienen por cauce la aplicación de las reglas generales del Código, sin especialidad alguna (el problema, parece decir, va a tener la misma respuesta que pudiera venir extrayéndose del Código desde siempre, como si la conceptualización doctrinal y ulterior Ley relativa a Condiciones Generales no tuviera repercusión alguna), pues la noción específica de cláusula abusiva se reserva en la Ley para la contratación con consumidores. Este vacío de nuestra legislación, criticado por la doctrina, y para cuyo estudio y propuesta de solución me remito a la obra de ALBIEZ DOHRMANN¹², quiere ser visto por algún civilista, como BERCOVITZ, con cierto optimismo, como una simple elipsis, el vacío no tiene por qué existir, llenarlo va a depender de que la Jurisprudencia desarrolle la potencialidad de determinados artículos del Código Civil. Por su parte MIQUEL, más pesimista en el sentido de que el legislador de la LCGC habría buscado positivamente, y lo habría conseguido, excluir un control específico del contenido en condiciones generales, augura sin embargo que la Jurisprudencia se apoyará en un uso adaptado del artículo 1258 del Código Civil (integración del contrato conforme a las exigencias de la buena fe), para verificar un desarrollo del control de contenido que «a la postre, será la mejor crítica que se pueda hacer a la ley»¹³.

Es significativo notar, en consideraciones que van más allá de esta concreta problemática y entran de lleno en la línea de nuestra reflexión, que fue el Tribunal Supremo alemán, con el impulso previo de la doctrina, el que con el material que proporcionaba el BGB, y sin el apoyo de una ley específica, desarrolló, eso sí, en una lenta evolución a lo largo de varias décadas, el criterio

y consecuencias de la proscripción del desequilibrio contrario a la buena fe, que luego se plasmaría en las determinaciones de la AGB-G en 1976¹⁴. Habrá que ver si nuestra jurisprudencia va construyendo esta doctrina del modo que PASQUAU, MIQUEL o ALBIEZ auguran o quisieran que sucediera para la contratación empresarial. Ahora bien, ya con carácter general, tanto ALBIEZ DORHMANN en 2009, como ALFARO en 2013, han puesto de relieve que en nuestro país se ha litigado poco en tema de cláusulas abusivas, y no contamos ni con la tradición ni con el acervo que ofrece Alemania en esta materia, ni siquiera en el ámbito de la contratación con consumidores, en que no parece existir particular vacío legal¹⁵. Es indudable que en la aplicación de los principios y en la labor de interpretación, ha de haber ensayo y acierto, ensayo y error, no siempre las decisiones y las líneas interpretativas esbozadas conducen a puerto seguro, y será necesaria una progresiva decantación¹⁶. Pero peor es el inmovilismo. Y por un complejo conjunto de razones, quizá ha podido observarse entre nosotros cierta atonía y falta de audacia jurisprudencial, durante largo tiempo; ahora bien, de un tiempo a esta parte la jurisprudencia parece despertar, lo que convierte este momento de relativa creatividad en particularmente interesante; habrá que ver qué quedará de todo ello, hasta dónde se va a poder llegar.

Algunos se fijan en el componente de inseguridad que puede acarrear esta búsqueda jurisprudencial, cuando va identificando cláusulas y prácticas como abusivas... Pero tampoco ha de ser el legislador quien caso por caso, a cada momento, aclare y determine lo que es o no lícito: el sistema de control contractual implica una labor de aplicación de unos principios y de un conjunto de criterios y reglas; tarea deductiva en absoluto ajena a nuestra tradición jurídica. No hace falta que encontremos identificada por la ley, con un casuismo exasperado, cada cláusula que se ha de anular. Los criterios generales, las listas orientativas y la propia tarea jurisprudencial debieran ser suficiente, en principio, para que todos vayan sabiendo a qué atenerse... Cierta dosis de inseguridad puede jugar en contra de los predisponentes, igual que otros aspectos relacionados con la dificultad de organizar estas cuestiones juegan a su favor; pero esto solo ha de preocupar a quienes se muestran proclives a jugar siempre con sus prácticas y en la elaboración de sus clausulados en el límite de la lealtad y de la legalidad. Lo que sucede es que quizá a estos predisponentes se les ha acostumbrado mal...

Por otra parte, a veces parecería como que los árboles no nos dejaran ver el bosque, y enredados en multitud de reglas, disquisiciones y distinciones, encontramos dificultades para operar aplicando los principios generales a pesar de que su plasmación en una regla concreta ofrezca alguna carencia o imperfección. Una especie de positivismo nos retrae (algo lógico, por otra parte, teniendo en cuenta la tradición contractual clásica en que nos movemos y a la que no pretendemos renunciar) a la hora de aplicar un principio, una regla general, y estamos como necesitados de que el legislador venga en nuestra ayuda, dictando una disposición concreta que contribuya a erradicar una cláusula o una práctica contractual¹⁷.

Cuando finalmente la innovación legislativa se produce, acaso tras años de duda e indecisión, quizá como resultado de la trasposición de alguna Directiva que trata de impulsar y armonizar la «mejora en la protección del consumidor»..., al examinar la solución positivizada, muchas veces da la impresión de que tal regla no es más que una consecuencia lógica y deducción de reglas y principios preexistentes, pero que por las razones que sean, ha encontrado dificultades para abrirse paso, y necesita ese impulso para convertirse en concreta orientación práctica¹⁸... Hay como una dificultad, una resistencia, a que se abran paso esos criterios, esas soluciones que luego se perciben evidentes y lógicas si se quiere proteger eficazmente al consumidor...

Dicho todo esto, importa notar que si hemos de razonar acerca de desequilibrio contractual, resulta insuficiente y reductivo ponernos a pensar solo en un consumidor individual pleiteando por una cláusula abusiva¹⁹. Como ya explicara DE CASTRO, si se ha de proteger eficazmente al contratante débil, hay que tener muy en cuenta los aspectos procesales²⁰. No cabe dar la justa respuesta a la asimetría, si no la contemplamos panorámicamente, y no incluimos los ajustes adecuados en consideración a las ventajas con que en esta partida de ajedrez, por la configuración de base del ordenamiento y por la fuerza misma de las cosas, cuenta quien organiza el intercambio y la contratación en masa, con condiciones generales. No basta, y se quedaría en simple retórica, una protección en el sentido que hemos venido exponiendo acerca de labor del juez y cláusulas abusivas, si no se adapta el ordenamiento en aspectos como la organización administrativa, y los cauces procesales, poniendo especial cuidado en la organización de la tutela colectiva y la perfecta imbricación entre la pretensión colectiva y la individual²¹.

La lógica de la asimetría contractual incluye e impone tener en cuenta cómo juegan a favor del contratante fuerte una serie de circunstancias, tanto fácticas, incluso sicológicas, como de orden jurídico. Dentro de esta batería de ventajas, los profesionales y sus equipos de abogados pueden aún hoy contar con esta circunstancia, de que no hay todavía un pleno ensamblaje entre la configuración de determinadas facetas del ordenamiento y los principios y objetivos de la protección del contratante débil y del consumidor; y aprovechar en su favor lagunas, incoherencias, en definitiva, la falta de trabazón del ordenamiento, de una red que engarce los principios clásicos con las nuevas lógicas; esto potencia la eficacia de su resistencia pasiva y el consiguiente desánimo de quien termina por asimilar como algo natural la carencia de instrumentos ajustados y eficaces de defensa, y de estímulo a la contraparte a un comportamiento leal. Pueden así aquellos seguir sacando cierto partido a un estilo de contratación un tanto escaso de buena fe.

Por eso, sin duda, importan los principios, a lo que nos hemos referido antes, y también importa, entiéndase bien, la mejora de la reglamentación positiva, pues sus vacíos y contradicciones, la carencia de una sanción con auténtico efecto disuasorio, la falta de atención a un detalle procedimental..., vienen constituyendo

la escapatoria que el gabinete jurídico del contratante fuerte aprovechará, como cabe apreciar examinando los argumentarios con que se recurren determinadas resoluciones judiciales, o cómo se utilizan, por ejemplo, los principios de la protección de datos para impedir demandas colectivas en defensa de aquellos cuya intimidad se dice custodiar, etc.

Formará parte también de aquellos argumentarios defensivos insistir en la inconveniencia, dificultad o directamente imposibilidad de realizar determinadas adaptaciones, e introducir en el ordenamiento innovaciones imaginativas que respondan a la peculiaridad de la contratación estandarizada, y a las singularidades y exigencias del intercambio contractual en ciertos sectores.

Ahora bien, en este tiempo de crisis y asimismo de ebullición legal y jurisprudencial, apasionante desde varios puntos de vista, en que nos encontramos, también un conjunto de sentencias del TJUE, algunas provocadas por asuntos procedentes precisamente de España, nos han llevado a constatar que incluso algunas barreras que habían podido parecer infranqueables, pueden sin embargo ser traspasadas, introduciendo algún matiz interpretativo o algún retoque legal, en esa tarea de adaptación del ordenamiento al criterio de efectividad de la protección del contratante débil (en este caso, del consumidor). Figuras, mecanismos y procedimientos que surgen, se consolidan y desarrollan, y han sido pensadas ante todo en el contexto de aquella que definíamos como la lógica clásica contractual, cuando esta va siendo impregnada por la lógica de la asimetría, han de pensarse en parte de manera diversa, retocarse, reajustarse, y todo ello no debiera resultar en realidad ni tan difícil ni tan traumático, si hay la conveniente voluntad política para poner en marcha atinadamente esta adaptación.

Toda esta reflexión, en definitiva, forma parte de una recapitulación más profunda y extensa, que será oportuno hacer, ahora que se aproximan los 40 años desde la AGB-G o se cumplen 30 desde nuestra Ley de consumidores. Y que ha de partir de replantear hasta qué punto se quiere o puede llegar en la atención al contratante débil y al consumidor, no solo en la esfera de los principios sino en el entramado cotidiano del actuar jurídico. Lo que conviene hacer con sinceridad, hay también quien indica que la protección necesariamente va a ser, y ha de ser, relativamente limitada²²... Y quien recuerda asimismo que las empresas y entidades financieras están ahí para ganar dinero, obtener un beneficio a costa del cliente, y por tanto tan importante como todo lo anterior va a ser educar a ese eventual cliente, para que sea consciente de esta realidad y tome cuidado... Sin embargo, a mi modo de ver y como afirma ALFARO en el artículo a que antes aludía, no basta con inculcar al consumidor la vieja advertencia *caveat emptor*; por muchas razones, por las características del nuevo modo de contratar, del tipo de relaciones que se establecen, de los productos y servicios que se intercambian, y las exigencias del propio desarrollo de una economía dinámica, hace falta algo más, mucho más: «hay que poder confiar».

Reflexionando entonces acerca de todo esto, entre la opción *caveat emptor* y la plena protección viene a la cabeza la idea de que puede haber una tercera opción, una ambigua situación, y que puede acaso llegar a ser peor que cualquiera de las otras, y más peligrosa aún que no proteger al consumidor, y es decirle y hacerle creer que se le protege, para luego no protegerle en realidad, por no haber sabido construir los argumentos concretos y los mecanismos realmente eficaces para protegerle²³.

Si hemos convenido en que el consumidor ha de poder confiar, no se trata solo de suscitar su confianza con vistas a incrementar la contratación, en cuanto esto es necesario para el desarrollo del comercio en el mercado interior; la confianza se ha de fundar sobre bases sólidas. Parecería en ocasiones que el legislador se preocupara ante todo de suscitarla, un tanto al margen de una valoración realista y rigurosa de la efectividad práctica que principios programáticos, criterios y reglas legales muestran en la prevención y cura de los males a que puede conducir la asimetría contractual.

Igual que sucede con esas nasas para pescar el marisco, en que se entra fácilmente pero luego no es posible salir, el contratante débil puede verse en un laberinto para resolver los problemas que se le plantean o para desligarse del contrato. Esta situación, que refleja plásticamente lo que ha podido venir ocurriendo en ciertos sectores contractuales, como los de servicios de telefonía, en que han menudeado prácticas encuadrables en lo que cabría denominar «fidelización abusiva»²⁴ (si bien, la situación ha ido mejorando), podemos tomarla como metáfora de lo que en general pudiera acontecer al consumidor, al que llegan, más o menos precisos, mensajes atinentes a sus derechos, a la preocupación por su protección, y a la confianza que puede tener en que los clausulados que se le ofrecen son equitativos (por cuanto existe un control legal), y que ve luego que toda esa literatura o run run ambiental, no se corresponde a la hora de la verdad plenamente con lo que sucede cuando constata estar siendo víctima de un desequilibrio abusivo, pues le resulta más difícil y costoso de lo que preveía, actuar remedios concretos eficaces, adecuados a la particularidad de estas modalidades de vinculación contractual, al tipo de relación que establece con el profesional, al abuso de que puede ser víctima, y a la posición de la empresa, a la que ciertas formulaciones legales, apelación a mecanismos de reacción por parte del perjudicado, o sanciones, pueden parecer una insignificancia en comparación con el beneficio que obtiene mediante una actuación poco escrupulosa.

En este momento de ebullición doctrinal y jurisprudencial y de reformas legislativas, siguen presentándose, pues, ante nosotros, tres grandes cuestiones, retos para la reflexión y la actuación: a) todo lo que tiene que ver con impregnar con la que hemos denominado lógica de la asimetría contractual, la lógica contractual clásica, y realizar las interpretaciones adecuadas y los ajustes pertinentes en diversos sectores del ordenamiento, para atajar las ventajas indebidas obtenidas con abuso del consumidor; b) hacer esta adaptación de una manera

equilibrada, sin subvertir el esqueleto y los grandes rasgos clásicos del universo contractual, y sin ceder a la tentación de que principios, reglas y criterios se desenfocuen inopinadamente; y c) trabajar sobre la propia lógica y mecanismos de reequilibrio de la asimetría contractual, para que reflejen en sus rasgos los principios clásicos y a la vez las peculiaridades requeridas por la realidad singular a la que responden.

Hechas estas consideraciones generales, vayamos al examen de varias cuestiones concretas...

III. EN TORNO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE MARZO DE 2013 (ASUNTO C 415/11, CASO AZIZ).

Nos va a servir esta significativa Sentencia como eje para desgranar en torno a ella algún aspecto y observaciones de actualidad sobre cláusulas abusivas en España que en este momento nos interesan; no es que vayamos a tratar todos sus argumentos ni extendernos en detalles²⁵; nos importa más bien llamar la atención acerca de su existencia y su conexión con el enfoque que hemos adoptado.

Explicaba PASQUAU LIAÑO hace unos años²⁶ que en su opinión, la solución al problema de la apreciación de oficio por el Juez del carácter abusivo de una cláusula, y al relativo a la función calificadora del Registrador a efectos de denegar su inscripción en el Registro inmobiliario, debían afrontarse y resolverse de la misma forma. Y manifestaba serias dudas acerca de la pertinencia, tanto de una solución, como de la otra. El posicionamiento en contra derivaba, en lo tocante a la labor del Juez, de las exigencias del principio de contradicción y audiencia de parte (cómo declarar nula la cláusula sin que el profesional haya tenido la oportunidad procesal suficiente de defender su validez), y en el segundo caso, de la constatación de que la calificación de una cláusula como abusiva muchas veces «reviste un grado de complejidad valorativa que no cabe, entiendo, ni funcional ni conceptualmente en los estrechos márgenes de la calificación registral»²⁷.

Frente a este razonamiento, es interesante mirar lo que ha ido sucediendo en los últimos años, a partir sobre todo del 2000, a través de sucesivos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE, formando un potente *corpus* jurisprudencial favorable a la apreciación de oficio del carácter abusivo por el Juez; frente a la observación del autor antes citado, y a una idea más o menos generalizada (aunque no unánime) que flotaba en el ambiente, también en la doctrina italiana, vinculando el ámbito del derecho privado, derecho contractual, espacio de autonomía de la voluntad, a la necesidad de alegación por el perjudicado para que el Juez entre a valorar una posible y peculiar ineficacia en favor del consumidor, se afirma con vigor una consecuencia que quiere vincularse con la importancia del compromiso asumido en pro del consumidor

adherente por el ordenamiento (orden público), con su *efectividad*, y cada vez más, con una especial seriedad en la consideración de la cláusula abusiva como nula de pleno derecho, al menos en este punto (cfr. art. 83 TR-LCU)²⁸. Y se profundiza esta doctrina en una significativa evolución, desde unos primeros pronunciamientos que insisten sobre todo en la facultad del Juez para apreciar de oficio, como medio para alcanzar el objetivo del artículo 6 de la Directiva 93/13, y por su efecto disuasorio que contribuye alcanzar el del artículo 7..., a los más modernos en que se afirma con claridad el deber del Juez nacional de realizar de oficio esta apreciación, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho para ello, y dejar de aplicar la cláusula (con la salvedad vista en nota); pudiendo acordar también de oficio las diligencias de prueba necesarias para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva²⁹; y extendiéndose estas posibilidades a diverso tipo de procesos, como el monitorio³⁰...

Eso sí, el Juez que vaya a entrar de oficio a examinar estas cosas sin que se le haya solicitado, debe informar a las partes o en su caso al demandante de lo que se propone revisar, para que pueda alegar cuanto tenga por conveniente. Y en este sentido, es muy interesante cómo la jurisprudencia del TJUE, con respeto de la denominada autonomía procesal de los Estados miembros, ha ido indicando que el principio de efectividad de la tutela del consumidor impone que se hagan en los distintos ordenamientos los retoques necesarios en la esfera procesal, si fuera preciso, aquí y allá, para que el Juez pueda siempre entrar a hacer estas valoraciones sin que esté cerrado el cauce para la alegación y discusión correspondiente. Esto lo habrían visto en su día autores como MIQUEL o CLAVERÍA, escudriñando en la LEC cuál habría de ser el cauce procesal adecuado para que el predisponente pudiera justificar en su caso la pertinencia de la cláusula, y cupiera el control de oficio sin los reparos manifestados por PASQUAU LIAÑO.

En el asunto de la posible negativa por el Registrador de la Propiedad a inscribir una cláusula que juzgue abusiva, hay varios datos a considerar, y también una interesante evolución. Es cierto lo que apuntaba PASQUAU acerca de la complejidad valorativa, y que en ocasiones el Registrador no va a tener todos los elementos para ver la nulidad y actuar en consecuencia. El Registrador no es Juez. Y es posible que accedan al Registro cláusulas que después se revelen abusivas (igual que, como sabemos, puede suceder con actos nulos, no subsanados por la inscripción). La Ley, en algún pasaje, parece indicar que, compitiendo al Juez la declaración de nulidad, la actividad del Registrador queda como a expensas de lo que se haya declarado por Sentencia. Sin embargo, y esta consideración está en línea con la doctrina que acabamos de reseñar relativa a la apreciación judicial de oficio, si hay una nulidad por contravención a la Ley, y el Registrador la percibe, no tiene más remedio que denegar la inscripción. El acto nulo no debe producir efecto, y el Registrador es un funcionario

suficientemente preparado para valorar prudentemente, en muchas ocasiones, esta circunstancia³¹.

Hubo un debate doctrinal, en que autores como CARRASCO defendían, con base en argumentos como el indicado de PASQUAU y diversas consideraciones, tajantemente, que el carácter abusivo de cláusulas contractuales es cuestión que «no compete» al Registrador, mientras otros, señaladamente MIQUEL, insistían en la solución contraria, con el argumento que sucintamente acabamos de exponer. En una primera época, si se puede hablar así, la DGNR se mostró receptiva a la primera opción, hasta llegar, en algunas famosas resoluciones entre los años 2006 y 2008, a entender esta competencia ajena al sistema de seguridad jurídica preventiva en que se enmarca la función registral (con el aplauso de CARRASCO y la aguda crítica de MIQUEL)³². Todo se complicó aún más con una reforma por la Ley 41/2007, de difícil interpretación y encaje, en que se introdujo una contradictoria noción de cláusulas financieras, pretendidamente ajenas a la trascendencia real hipotecaria y por ello también a la calificación registral (art. 12 LH), y que sin embargo aspiran a tener, y tienen sin duda, trascendencia real y en la ejecución hipotecaria (cfr. arts 9 y 130 LH).

Las aguas volvieron, sin embargo, a su cauce; la Dirección General de los Registros, sobre todo desde 2010, reorientó su doctrina, construyendo una interpretación sistemática del artículo 12 LH; también el Tribunal Supremo había contribuido a dejar claro que compete al Registrador calificar y en su caso denegar la inscripción de aquellas cláusulas que aspiren a desplegar eficacia hipotecaria y, con los elementos de juicio que por naturaleza le son propios, aprecie con claridad abusivas (Vgr. la importante STS de 16 de diciembre de 2009 [Sala Primera]); también la jurisprudencia comunitaria contribuyó, como hemos visto, a solidificar estos principios; y legislativamente es importante en este sentido la Ley 2/2009, de 31 de enero (art. 18). El propio CARRASCO PERERA, matiza después su discurso, aceptando la distinción (que ya había recogido PASQUAU LIAÑO, y se refleja en la importante RDGRN de 1 de octubre de 2010), entre cláusulas que «estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente», cuya inscripción se denegará, y aquellas otras en que la valoración de la abusividad, por depender de conceptos indeterminados y de un análisis de las circunstancias fácticas del caso, se escapa al juicio del Registrador. Pero no se trata tanto de una cuestión de concepto, sino de dificultad de valorar en el marco de los razonables límites de la labor registral³³.

En un texto ultimado a lo largo del año 2008, y que (fue finalmente publicado) se publicó poco después de la promulgación de la Ley 2/2009, a la vez que manifestaba mi extrañeza con la reforma de 2007, realicé una indicación, a modo de provocación y con vistas a incidir en la reflexión y el debate: si hipotéticamente, en este contexto de las nuevas nulidades de que había hablado CLAVERÍA (en definitiva, de la adaptación del sistema de la ineficacia y la nulidad a la contratación estandarizada)³⁴, pudiera preverse que no corresponde al Registrador

desvelar o revelar el carácter abusivo de una cláusula (en cierta medida es cierto, en cuanto no es Juez, y en cualquier caso en ocasiones no va a poder apreciarlo), la aceptación de esta idea debiera ir acompañada por algunos ajustes procesales atinentes a la ejecución, si de verdad se quiere proteger al consumidor en un sistema equilibrado, y para que el automatismo de la ejecución no se convierta en una trampa para el adherente. Si el Registrador no puede ser Juez, el Juez deberá tomar cartas en el asunto, y abrir un incidente, todo lo sumario que se quiera, en el que pueda discutirse y apreciarse el carácter abusivo de cláusulas predispuestas, antes de que entre en juicio el automatismo de la ejecución. Esta sugerencia o vaticinio no desconocía el cauce que tiene el adherente, en cualquier momento, de suscitar un declarativo impugnando las cláusulas, pero surgía también de entender que, por la fuerza de las cosas, no hay más remedio que considerar tal sistema insuficiente para verdaderamente proteger al consumidor y enviar un eficaz aviso al predisponente. Basta algún retoque procesal para que, sin ánimo de erosionar la potencia del sistema ejecutivo, nos sirvamos también de su ordenación en pro del equilibrio contractual que propugnamos. De esta manera además, el Registrador, que muchas veces no puede denegar la inscripción por no terminar de ver claro, puede sin embargo hacer alguna advertencia al predisponente acerca de las posibles consecuencias futuras de la inserción de una inicua estipulación. Y así, el sistema de seguridad jurídica preventiva en cierto sentido se potencia, recibe un impulso, un refuerzo con esta previsión de actuación *ex post* del Juez, ambos mecanismos, *ex ante* y *ex post*, se retroalimentan.

Cabría aquí hacer un *excursus*, relativo a la necesidad de seguir trabajando, con la vista puesta en el planteamiento de hasta qué punto nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva está adaptado o es adaptable a la lógica de la protección del contratante débil, y a las exigencias de la *loyauté*, en la contratación estandarizada. Parece claro que el sistema sí se adapta bien, ha habido tiempo suficiente y bases muy sólidas para ello, al universo que hemos denominado de la contratación clásica, pues ahí engarza. Hay que seguir examinando cómo y hasta qué punto se adapta a esta otra lógica más moderna. Probablemente Notario y Registrador necesiten este tipo de apoyo, de ayudas «externas» (por así decir) para sentirse seguros, reforzados, en el ejercicio de esta función. Y figuras o mecanismos acaso menos pomposos que el famoso Registro de Condiciones Generales, pero más eficaces en el día a día, en el respaldo que, por ejemplo, el Notario concreto debe tener a la hora de valorar, asesorar o llegar a contrariar en su caso ciertas pretensiones del profesional al redactar clausulados³⁵.

Varios años después de aquellos planteamientos apuntados en mi libro sobre la cláusula penal, y tras el antecedente que abre el cauce del control de contenido en el proceso monitorio (STJUE de 14 de junio de 2012) la STJUE de 13 de abril de 2013 (y no entraremos pormenorizadamente en su temática, como anticipamos), ha venido a decir, a grandes rasgos, y entre otros contenidos, que el sistema español conexo a la Directiva 13/93 es incompleto, si no recoge la posibilidad de que en el

contexto de una ejecución, pueda brevemente revisarse la abusividad de cláusulas contractuales incluidas en el título ejecutivo y operantes en el alcance de la ejecución (comenzando, como es lógico, por aquellas en virtud de las cuales se desencadena la ejecución misma, pues si estas fueran abusivas no tendría sentido realizarla³⁶).

Así pues, tras la recepción de esta doctrina por la Ley 1/2013, que reforma una serie de preceptos de la LEC y la LH, el control de contenido tiene abierto un espacio específico en el juicio ejecutivo, pudiendo actuarse incluso de oficio; y el nuevo planteamiento también incide en la actuación notarial en el procedimiento de ejecución a través de la venta extrajudicial³⁷.

Conforme al nuevo artículo 695 LEC, en caso de estimarse esta nueva causa de oposición que nos ocupa «se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva». Habrá que ir viendo cómo se va ajustando y equilibrando en la práctica esta nueva dinámica, cuándo va a considerar el Juez que el título ejecutivo ha de ser reformulado, que no hay la liquidez necesaria, que dejan de darse las condiciones para que prosiga el proceso con su característico automatismo³⁸... Ciertamente es, como apuntan tanto DOMÍNGUEZ LUELMO como ALFARO, que esta transformación del juicio ejecutivo puede tener escasa repercusión, en cuanto que al deudor que es ejecutado simplemente por razón de que no paga y no va a poder pagar, poco le va a ayudar..., pero para los efectos en que a nosotros interesa fijarnos, es muy significativa.

IV. APUNTE SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 241/2013 DE 9 DE MAYO DE 2013 (CLÁUSULAS SUELO).

Esta Sentencia, en una compleja argumentación cuya variedad de matices (y de motivaciones de fondo) no es posible detallar en breves páginas³⁹, adopta una decisión que pudiéramos calificar de salomónica, y deja evidentes flancos abiertos a la crítica; aunque también se ha juzgado justo reconocerle mérito, por la delicada navegación que realiza en aguas pantanosas, y por tratarse de una *sentencia prudente*⁴⁰. El núcleo o resumen de la crítica que puede merecer está vinculada al interrogante de si el Tribunal Supremo *podía* realmente hacer lo que ha hecho con el material normativo y las posibilidades de interpretación que le confía y le permite el ordenamiento⁴¹.

La sentencia opta por enfocar el reproche a las cláusulas suelo que enjuicia, desde el ángulo de lo que algún autor ha estudiado como «abusividad por falta de transparencia»⁴². Lo primero que quiere dejar claro es que en el derecho español no se ha instaurado el control de contenido atinente al objeto principal del contrato, al equilibrio precio/contraprestación, que sin constituir el eje del control en la Directiva 13/93⁴³, es una opción aceptada por esta. Precisamente en un tiempo en que el TJUE recalca la posibilidad de este control más intenso,

e interpreta en este sentido ciertas elipsis del legislador español (STJUE 3 de junio de 2010, asunto C-484-/08, «Caja Madrid»), la STS quiere aprovechar para dejar sentado que en España no se ha optado por este control del precio, en línea con una doctrina que critica también la STJUE citada, por entrar indebidamente a interpretar lo que el ordenamiento interno establezca⁴⁴.

Ahora bien, este último control de contenido queda excluido «siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible» (art. 4.2 D. 13/93). Y entonces, la STS, una vez afirmado que esta cláusula (que viene a convertir un interés variable, a partir de un determinado nivel de descenso del índice de referencia, en uno fijo garantizado para el banco), es en general y en abstracto admisible y válida, acogiendo planteamientos vigentes en Alemania y la sugerencia de PERTIÑEZ, cuya pertinencia en España no cuenta con el apoyo mayoritario de la doctrina, se centra en la transparencia, e introduce el denominado doble filtro, dando sustantividad propia a este requisito y consiguiente control, y entendiendo que las cláusulas pueden ser nulas por falta de transparencia, aunque su redacción sea clara y cumplan los requisitos de incorporación, si en el entramado general de la información que se suministra al consumidor puede juzgarse que están como enmascaradas, de modo que el adherente no ha podido tenerlas presente, tenerlas en cuenta, al nivel de atención y de impacto en su decisión que merece el objeto principal del contrato; no habiéndose predispuesto la información para que el consumidor se percate del real escenario de precio en que se va a mover, y pueda comparar con las ofertas de otras entidades⁴⁵.

Este es uno de los ejes de la crítica que un grupo de sus detractores hace a la Sentencia: introducir una causa de nulidad no alegada, que no pudo discutirse (argumento rebatido por el TS en Auto de 6 de noviembre de 2013), pero ante todo, no prevista en nuestro ordenamiento, que articularía su control en torno a la dicotomía incorporación/contenido: si se discute acerca de claridad, no hay sino desembocar en el control de incorporación; y si las entidades cumplen razonablemente las exigencias legales de incorporación, no debieran sentirse amenazadas en tanto sometidas a unas exigencias de transparencia poco diáfanos y enjuiciables *a posteriori*. Un segundo motivo de crítica es la construcción de un juicio de falta de transparencia con carácter abstracto, que no sería posible, pues debiera estar por naturaleza apegado al dato concreto y circunstanciado de la relación informativa y de aceptación con cada cliente. La Sentencia, uno de los argumentos que maneja para la ulterior decisión de eliminar el efecto retroactivo de la declarada «nulidad», es que, moviéndose en el contexto de una tutela colectiva y una valoración abstracta (y un tanto panorámica, *grosso modo*, parece querer indicar, aunque no lo diga⁴⁶), le corresponde ordenar la cesación precisamente de esa conducta que en abstracto ha detectado reprochable, que es la permanencia de las cláusulas tal como están, pero tal valoración no termina de tener la fuerza necesaria y suficiente para llevar consigo ninguna condena de restitución.

Porque, efectivamente, una segunda vertiente que ha producido estupor en la Sentencia, es que declara que no ha de restituirse pago alguno de los verificados hasta su publicación. Esta vertiente ha sido también objeto de severas críticas⁴⁷. Volveremos sobre este punto, apuntemos ahora solo un ensayo de interpretación correctora de la STS, que puede resultar del enfoque hecho por la SAP de Madrid de 26 de junio de 2013, y teniendo en cuenta muy parcialmente observaciones de ALFARO⁴⁸: quizá no se debiera haber declarado una nulidad, sino solo un juicio conducente a la cesación⁴⁹, susceptible de ser completado por la discusión en juicio individual de si el cliente concreto fue o no bien informado, con vistas a la restitución. Pero esta última posibilidad no se ha querido por la Sentencia, y da a entender este autor que en tal opción han pesado razones de estabilidad político/económica, en el contexto del carácter salomónico de la decisión. Ahora bien, si con carácter más general hubiera de aceptarse que el juicio abstracto de transparencia no es posible, y que las acciones colectivas no pueden constituir cauce para una discusión acerca de esta materia que pueda tener repercusión alguna, esta sería una muestra más de la necesidad de readaptar y seguir mejorando en nuestro sistema la conexión entre control abstracto y concreto, y entre tutela colectiva y acción individual, pues sigue habiendo en este campo grietas y lagunas, dificultándose así una tutela del consumidor que debiera alcanzarse por vías mejor articuladas, claras y expeditas.

Hechas estas reflexiones, es curioso constatar que en el interior de la propia Sentencia van combinándose y entrelazándose como dos líneas de pensamiento, dos órdenes de consideraciones: a) La línea esencial, el núcleo del argumento: la cláusula se anula por un problema de transparencia; considerada directamente engarzada con el precio, y válida en abstracto, no se establece un juicio de abusividad en el sentido del control de contenido. b) Y una línea secundaria: esta falta de transparencia y la cláusula que con ella se introduce de rondón en el contrato, en realidad constituyen el vehículo de un desequilibrio contractual abusivo, juzgándolo con razonamientos característicos del control de contenido⁵⁰.

Teniendo todo esto en cuenta, cabe pensar que en esta línea de reconocer autonomía al control de transparencia, sería posible profundizar, y quizá la Sentencia podía haber explorado o aprovechado un poco más ciertas vetas, para extraer todo el potencial a la idea de que el artículo 4. 2 Directiva 13/93 otorga a la claridad una sustantividad propia y una función especial en relación con elemento principal del contrato y control de contenido⁵¹. Nos encontramos más allá del control de incorporación por la especial coloración que tiene la transparencia, y también porque la falta de la claridad que exige el artículo 4. 2 de la Directiva, tiene propia autonomía como «llave» para entrar en el control de contenido. Como dice la Directiva, constatada la falta de claridad, queda abierto el control de contenido, que en otro caso estaría cerrado, sobre el objeto principal del contrato. También por esto estamos más allá del control de incorporación,

y podemos decir ahora que la cláusula es abusiva (como sucede en el derecho alemán y sostiene PERTIÑEZ), pues estamos realizando un singular control de contenido, a causa de un defecto de transparencia, que es la llave que nos ha permitido entrar en esta esfera. La claridad, entonces, en el contexto del artículo 4.2 de la Directiva asume una sustantividad propia, que nos permite desligarla del control de incorporación y vincularla al control de contenido.

En definitiva, cabría redondear lo que la sentencia parece querer decir, completándolo con elementos que la propia sentencia rechaza y otros que maneja a medias. Y aquí entiendo que podía haber sacado partido de la aportación doctrinal que diferencia las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato y aquellas otras accesorias⁵², distinción aceptada por la doctrina y la Jurisprudencia española y europea. Cabría decir entonces: estas cláusulas suelen ser en principio válidas en cuanto no hay control sobre el objeto principal, en abstracto, pero en la realidad concreta, a la cláusula le falta algo para poder ser considerada a pleno título objeto principal, y elevarse a la categoría de precio contractual, sigue siendo una cláusula vinculada al mismo pero secundaria, y no consigue elevarse a esa superior categoría porque «las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario»⁵³. En esa tensión de la cláusula de plena vinculación o no al precio, el tratamiento por las entidades como secundario, es como el lastre que impide esa elevación y hace caer la cláusula al espacio en que juega el control de contenido.

Pero queda algo por discernir: ¿Qué peculiar control de contenido puede ser este, pues no estamos aquí revisando el equilibrio jurídico del contrato? ¿Cómo juzgar el desequilibrio abusivo, dónde está y cómo apreciar la desproporción, respecto a un objeto que por naturaleza está llamado a ser fijado por las partes, por el mercado? ¿Cómo juzgar si un *precio es desproporcionado*?

En estas mismas preguntas está implícita buena parte de la clave de la solución: la desproporción es considerada respecto a aquel reparto del riesgo que veíamos y al que alude la sentencia; pero también y esencialmente, vinculada a un aspecto a que la Sentencia igualmente se refiere. La desproporción, el desequilibrio, resulta de la diferencia entre lo que pretendidamente *está* en el contrato (y va a ser purgado de él) y lo que *podría estar*, entre el beneficio (para el cliente) que es y el que hubiera podido ser, contemplado este punto en el contexto de una comparación entre las diversas ofertas que en el momento de contratar proporcionaba el mercado. A falta de transparencia, está permitido ajustar el contrato, en este punto de determinación accesorio del precio, a las condiciones por las que un consumidor normal hubiera optado eligiendo entre las diversas posibilidades que el mercado le ofrecía (y en consecuencia, excluyendo el juego de la cláusula); opción que probablemente es la que se ha extendido su real consentimiento contractual.

Nos queda por dedicar un momento a una cuestión ciertamente polémica, e interesante: la opción por la completa irretroactividad de la Sentencia, y algu-

nas reflexiones que surgen al hilo de esta decisión y su justificación. Tengo la impresión de que en este punto los magistrados han tenido que hilar muy fino, y le habrán dado muchas vueltas a la argumentación de tal solución. Es obvio, se reconoce por los propios magistrados, que motivaciones económicas han intervenido en la decisión, y que hay una amalgama magmática de argumentos en la Sentencia para justificarla, algunos cogidos con alfileres.

Cabe plantear, además, si no debiera haberse abierto el cauce para la reclamación, al menos, digamos, de una restitución simbólica, relativa a los últimos tiempos en que las cláusulas seguían operando siendo ya sospechosas y discutidas en pleito.

Pero el caso es que, tal vez acuciado por la necesidad de sopesar una y otra vez sobre los argumentos para dar razón de la Sentencia, y dejando a un lado el influjo que en esta línea de pensamiento puede haber tenido la necesidad de justificar el concreto asunto resuelto en ella, el profesor ORDUÑA MORENO, que a su vez forma parte de la Sala que sentenció, ha producido un breve pero notable comentario, que interesa sobre todo porque viene a replantear la conveniencia de adaptar un tanto las categorías clásicas que conocemos a esta peculiar esfera y modalidad de la contratación estandarizada, y con condiciones generales, en este caso con consumidores⁵⁴. La ineficacia que juega y se persigue aquí, plantea este autor, la finalidad de pulir, purgar, los efectos indeseados de una actividad contractual peculiar, que se da por buena pero (por los riesgos conexos a la asimetría) hay que vigilar, causaliza las categorías técnicas utilizadas, pues han de operar, más bien, como «criterios delimitadores de la eficacia funcional desplegada por una peculiar pero válida práctica negocial». Se trata, en definitiva, del viejo tema de la adaptación de las categorías clásicas al funcionamiento de este ámbito contractual, que dio lugar a interesantes debates en el seno del Grupo *Nulidad*, de la Universidad de Zaragoza, habiéndose publicado un libro con notables aportaciones de MIQUEL, CARRASCO, CLAVERÍA, etc...⁵⁵ Es un tema difícil, pero quién más, quién menos, reconoce que en este territorio aparecen o es preciso construir peculiares modalidades de nulidad... es una muestra más del juego de la combinación entre los esquemas clásicos del derecho contractual, y las adaptaciones al derecho de la asimetría contractual. El profesor ORDUÑA MORENO plantea en este contexto de ideas una posible modulación de los efectos (en este caso retroactivos) de la nulidad (el esquema de la nulidad radical no jugaría con todas sus características, de manera autónoma y automática)⁵⁶.

Estas ideas nos evocan uno de los problemas en mi opinión peliagudos que plantea la reacción del ordenamiento ante las cláusulas abusivas. No podemos entretenernos en él, lo presentaremos ofreciendo aquí el texto de una reflexión esbozada hace unos años:

«...qué sucederá con aquellas cláusulas predisuestas que pudieran ajustarse al máximo de penalidad permitida en un tiempo, y sin embargo ahora superan el nivel admisible, al haber cambiado la tendencia jurisprudencial y pasarse a considerar

abusivo y nulo lo que antes no era calificado así. Es el único caso en que, por no haber *imputabilidad*, le parece a PERDICES HUETOS⁵⁷ razonable que en la integración entre en juego una reducción conservadora, y aprovechable la distinción, que como criterio orientativo para movernos en la zona gris, cuando se ha marcado la frontera del abuso en un territorio que encierra lo que antes eran inciertos perfiles, sugiere CANARIS (entre otros que justificarían una integración «moderadora»), entre el predisponente de buena fe (o de «mejor fe») y el «malicioso»⁵⁸.

Es preciso, sin embargo, afrontar una delicada tarea de diferenciación: siempre habrá una «primera vez» en que se declare abusiva una cláusula que acaso antes no tuviera tal concepto. El avance en la materia del ajuste contra el abuso, la nueva frontera, se alcanza por la vía de la nulidad, por razones obvias conexas a las peculiaridades del control abstracto y general protector por el ordenamiento. Por el simple hecho de que en un tiempo, ciertas cláusulas no se consideraran nulas, no significa que quienes las hayan establecido, por más que fueran usualmente utilizadas, no deban readaptarlas o sufrir ahora las consecuencias del juicio de abusividad»⁵⁹.

¿Habría que trabajar en una hipotética modalidad de nulidad declarativo-constitutiva, con modulables efectos, en que el Juez declara lo que hay, pero al mismo tiempo revela, por así decir, algo que aún no había «del todo»?

Hay que ser cuidadoso con este punto del trato benévolo a esos predisponentes «abusivos de buena fe»: muchos pretenderían acogerse a este subterfugio, y se reduciría el incentivo para ser prudentes en la redacción de los clausulados. Por otra parte, tampoco es conveniente cegar la creatividad empresarial en la formulación contractual; y qué decir al contemplar que pudo haber predisponentes (en los que se fija GONZÁLEZ CARRASCO) más escrupulosos, que se apresuraron a renegociar o reformular sus contratos al darse cuenta de su presunta abusividad...

A partir de un cierto momento, hay una sospecha de que determinada cláusula que se introduce en el mercado es abusiva; es preciso reaccionar deprisa, el sistema tiene que contar con los mecanismos para detectarla, y proclamar para quien quiera darse por enterado que la cláusula está formando parte del elenco de lo que acaso se anulará y habrá que expulsar. En este sentido interesa revisar las observaciones que hace GOMÁ LANZÓN, en relación con el nuevo Órgano Notarial, que pudiera contribuir a conformar una Comisión, un Órgano administrativo, con participación de las Asociaciones de Consumidores, y expertos en la materia contractual, que periódicamente publicara su informe con la relación de cláusulas a vigilar.

V. ACERCA DE LOS INTERESES MORATORIOS ABUSIVOS

La litigiosidad y consiguiente producción jurisprudencial, la preocupación doctrinal e incluso, como veremos, la intervención legislativa relacionada con

cláusulas de interés moratorio excesivo, es muy significativa hoy día en España (lleva ya unos cuantos años)⁶⁰. Sin embargo, salvo excepciones, parece que tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial y curiosamente en las últimas reformas legislativas, no termina de hacerse penetrar, en los razonamientos y en las soluciones, la lógica del control de contenido en la contratación con consumidores con la profundidad con que podría hacerse, a mi modo de ver. La reflexión sigue siendo un tanto epidérmica, superficial, no termina de trabarse una discusión clara y profunda acerca de hasta dónde deberían llevar ciertos argumentos y criterios...

Se ha progresado, sin duda, a nivel doctrinal, y en alguna jurisprudencia, a veces incluso con un tono acaso un tanto exagerado o justiciero⁶¹; pero también hay que reconocer que se han dado pasos que presentándose por algunos como significativos y clarificadores avances, no pasan de ser consecuencias, aún incluso tímidas, de silogismos que podrían haberse explicitado con claridad desde hace mucho tiempo, no constituyen ninguna novedad e incluso, insisto, pecan de insuficiencia. Todo lo cual es prueba más de hasta qué punto, salvo un conjunto muy notable de excepciones en la doctrina, y algún ensayo en la jurisprudencia, la lógica del control de contenido se abre paso lenta y trabajosamente, en un contexto demasiado respetuoso, por decirlo así, con lo que determinados agentes del mercado, como pueden ser entidades de crédito, igual que en otro ámbito empresas de telecomunicaciones, dan por bueno y colocan en sus clausulados, o imponen como práctica.

El pacto de interés moratorio implica una cláusula penal entendida en sentido amplio, es decir en cuanto figura jurídica que incluiría en sí tanto la versión de puro pacto de fijación anticipada de la indemnización, como la versión que consideramos entre nosotros propiamente penal o compulsiva, que permite un *plus* coercitivo para impulsar al cumplimiento.

En derecho alemán, y también en algunos ordenamientos que ven con disfavor la utilización de penalizaciones, como Bélgica, no cabe en la contratación con los consumidores establecer cláusulas penales, en este sentido propio y coercitivo. Esta idea, aunque pueda allí manejarse con amplitud, que permite un pacto indemnizatorio generoso para con el predisponente incluyendo en la práctica cierto margen compulsivo, nos da una idea u orientación que también se ha de tener en cuenta entre nosotros para valorar los intereses moratorios en cláusulas predispuestas con consumidores, por más que en España, la proscripción prevista por la Directiva de aquellas que tengan por objeto o por efecto la imposición al consumidor de una indemnización desproporcionada, haya que interpretarse aceptando que en nuestro derecho sí es posible que el pacto incluya un *plus* cuantitativo coercitivo; pero ha de quedar ya ineludiblemente calificado, y calificable, como *moderada compulsión*.

Este criterio de moderada compulsión, por otra parte, no es tan difícil de manejar. De entrada, parece que cuando en la cantidad impuesta resalta el elemento

coercitivo sobre aquella parte que cabe encuadrar más o menos generosamente en la porción indemnizatoria, la cláusula habría de anularse por abusiva. Y además, para valorar lo compulsivo, hay que atender a la naturaleza de la relación que une a acreedor y deudor, el ámbito del tráfico económico en que se sitúa su operación, la posición respectiva de cada uno en cuanto a riesgos y garantías, y también, por qué no, la verdadera utilidad práctica que tiene la penalización, y si está equilibrado el balance entre la justificada ventaja que quiere asegurarse el prestamista, y el sacrificio que se ha exigido y que a partir del momento del incumplimiento va a exigirse al deudor a través de la aplicación del interés moratorio. Hay que ver si la presencia de unos intereses moratorios que vayan más allá de lo indemnizatorio, contribuye de modo adecuado a que el acreedor tenga más posibilidades de cobrar lo que le es debido, más allá de colocar al deudor como prisionero del tiempo y víctima de un incremento exponencial innecesario de la cantidad a liquidar; y en concreto para el caso del deudor hipotecario, si su situación con el inmueble gravado, la amenaza de que entre en juego, por más que en una versión razonable, el mecanismo del vencimiento anticipado, y la amenaza, por qué no, de un interés penalizador por demora ajustado, no es suficiente para incentivarle a afrontar los mayores sacrificios para conseguir el cumplimiento de sus obligaciones⁶². En definitiva, el análisis del equilibrio contractual conforme a la buena fe, nos obliga ineludiblemente a un examen profundo de toda la circunstancia, como impone la Directiva 13/93; lo que implica, entre otras cosas, que las soluciones no son plenamente estandarizables, y no pueden ser las mismas para los diferentes tipos y situaciones de préstamo.

En cualquier caso, tanto si se admite solo como pacto indemnizatorio, como si se acepta que incluya una moderada compulsión, es esencial para valorar la cláusula predisuelta de intereses moratorios, delimitar el espacio en que desempeña adecuadamente su cometido indemnizatorio. Y parece razonable partir, como punto de referencia y siguiendo a BASOZÁBAL, de la tríada en que se sitúa lo que denomina la «franja indemnizatoria» (interés legal, contractual y de mercado). En principio y en general (aunque no puede ser una regla absoluta), establecer un interés de demora que se sitúe un poco por encima de esta franja, no parece inadecuado⁶³.

Mas da la impresión de que las entidades bancarias, con la anuencia de la jurisprudencia, cada vez más restrictiva, eso sí, pero a paso lento, siguen considerando razonables, en muchos contextos, tasas de interés moratorio exageradas.

Hay quien sostiene con radicalidad que un interés moratorio por encima del remuneratorio, en contextos como el crédito hipotecario, no debiera considerarse aceptable (BALLUGUERA); otros, como MIQUEL, consideran límite general para todo aquel predisuelto en un contrato de crédito dos veces y media el interés legal, con una interpretación del artículo 89.7 TR-LCU que no parece en absoluto desdeñable⁶⁴. Acaso una buena manera de establecer un interés moratorio que no pueda juzgarse abusivo ni excesivo, sea preverlo como variable, aplicando

algunos puntos por encima del legal del dinero al tiempo de incumplimiento, o incluso quizá multiplicándolo por dos (límite en que cabe entender que la faceta penal del interés fijado comienza a superar a la indemnizatoria); o fijando la cuantía que resulte menor entre el remuneratorio incrementado en algún punto y el legal multiplicado por dos o también incrementado (atendiendo para juzgar cada caso el nivel de garantías y riesgos de acuerdo al ámbito del préstamo). Como el interés remuneratorio y moratorio tienen sentido distinto, la previsión como moratorio del remuneratorio incrementado (y mucho más multiplicado), tiene riesgo de suponer una indemnización desproporcionada, y será preciso juzgar si en este caso hay que calificar la cláusula como abusiva *ab initio* (por la previsible desproporción que al tiempo de contratar ya anticipaba la multiplicación prevista, por la cuantía ya de por sí elevada del interés remuneratorio pactado que deja escaso o nulo margen a justificar un incremento a título indemnizatorio...), o como simple productora de un efecto excesivo⁶⁵.

Es interesante, para realizar juicios de valor, la relación que se hace en la Cuestión Prejudicial del Juzgado de Marchena (aludida en nota), en su Fundamento de Derecho 4º, núm. 7, de diversas tasas de interés de carácter indemnizatorio/penal, que aparecen en diversas leyes; sirve también lo que se deduce de la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales como contrapunto para ir calibrando lo que pueden ser unos intereses de indemnización razonables. Y todo ello junto a los ejemplos que he puesto más arriba, que remiten a cuantías intencionadamente mesuradas, nos da una idea de hasta qué punto en la jurisprudencia, durante largo tiempo y aún hoy, tiende a considerar normales cláusulas de interés moratorio exageradas⁶⁶.

En este contexto de reflexión, aparece, en la Ley 1/2013, un tope de tres veces el interés legal del dinero (nuevo art. 114. III LH), que resulta un tanto chocante, en cuanto parece muy generoso con el acreedor, máxime en el contexto a que se aplica del crédito hipotecario (limitándose además el límite al crédito para la adquisición de vivienda habitual) ... Ahora bien, nos estamos refiriendo a topes indicativos máximos; y entiendo perfectamente posible, como manifesté en su día con claridad sobre todo la doctrina belga, que el Juez, atendidas las circunstancias, pueda juzgar que una cláusula, aún dentro del *plafond* legal, resulta abusiva o tiene por efecto una indemnización desproporcionada, que hay que dejar sin efecto; la Ley marca el tope máximo indicativo de hasta donde se puede llegar en no importa qué circunstancia⁶⁷.

Por eso, un efecto indeseado (en mi opinión, que coincide con el parecer de ALFARO), pero que pudiera intentar abrirse paso a través de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013, es que a la hora de resolver la siguiente cuestión, qué hacer cuando una cláusula de intereses moratorios resulta abusiva, tal disposición pudiera interpretarse como expresión legal de pacto indemnizatorio razonable, una especie de nuevo derecho dispositivo... Sin embargo, hay que entender más bien, siguiendo a la doctrina alemana, que este tipo de normas «establecen únicamente los límites

últimos de la autonomía privada» (ALFARO), y por tanto, no puede el juez que haya declarado la cláusula nula por abusiva, simplemente reducirla al *plafond* legal⁶⁸.

Para terminar, ya por falta de espacio y remitiendo al lector a reflexiones más amplias en los estudios citados, trayendo a colación una Sentencia considerada un hito importante en esta actualidad de que venimos hablando, la STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-518-10), y que así quiero contribuir a interpretar, hemos de recordar algo que, desde hace tiempo, no deja de ser obvio: anulada por abusiva una cláusula penal, una cláusula de interés moratorio, lo que procede es prescindir de ella, no aplicarla, y entonces, se sustituirá por la indemnización ordinaria.

Este es entonces el punto a resolver ¿cuál será la indemnización a fijar por el Juez, prescindiendo de la cláusula? Por lo común hoy se entiende que no puede ser sino el interés legal. En general, y teniendo en cuenta el matiz disuasorio que la jurisprudencia europea quiere dar a la aplicación de la normativa, parece solución adecuada. Si bien no es absolutamente incontrovertible, en cuanto cabe al menos plantear para la discusión la aplicación por el Juez del interés remuneratorio (si entendiéramos que «los intereses convenidos» del artículo 1108 del Código Civil no tienen por qué ser necesariamente los pactados como moratorios⁶⁹). En cualquier caso, teniendo como más probable la primera opción, y si damos una cierta interpretación al alcance del pacto de intereses como derecho dispositivo, en un sistema que no admite la indemnización del mayor daño, cabría acaso sostener que hay abierto un espacio indemnizatorio (entre el interés legal y el retributivo) en que puede moverse el Juez, fijando la indemnización, entiendo que justificadamente, y sin que quepa entender esto como moderar, porque nada está moderando ni integrando⁷⁰.

Lo que no podría sostenerse es que el límite de las tres veces (o dos veces y media, en su caso) del interés legal, pueda entrar en este espacio que hemos denominado indemnizatorio, y por tanto no puede ser utilizado a estos efectos por el Juez. Entre muchas consideraciones que cabría hacer al respecto, pensemos que en una cláusula indemnizatoria/penal como son los intereses moratorios, se podrían distinguir en abstracto tres componentes: el estrictamente indemnizatorio; una esfera incierta para compensar molestias, daños de difícil prueba, trastornos que para la empresa supondría que los deudores dejaran de pagar...; y el plus propiamente coercitivo, que además, por lo que vemos en la jurisprudencia, se viene entendiendo como componente más o menos generoso... pues bien, si el máximo legal para una cláusula de este tipo es, digamos, el 12%, incluyendo, en la medida más alta aceptable, la combinación de esos componentes, cuando luego la cláusula viene a sustituirse por la indemnización ordinaria, que solo cubrirá el primer concepto, difícilmente algo del segundo, y en absoluto nada del tercero, parece que, por la fuerza de las cosas, la indemnización ordinaria va a quedar reducida a menos de la mitad...

Fijando por la Ley el tope máximo del modo que aquí entendemos, y manejando la idea de cómo han de articularse indemnización + moderada compulsión

para el consumidor en cláusulas predisuestas, no hay más remedio que considerar que las cláusulas que establezcan un interés por encima de tres veces el legal, del 114. III LH, son abusivas (incluso pueden serlo antes de llegar a tal límite), y no simplemente ilegales, como apunta MARÍN LÓPEZ en una interpretación⁷¹. Para este autor, entre el 12% y el 19% se abriría un espacio en que el interés no es abusivo sino excesivo, y se operaría con la reducción al *plafond* legal. Esta generosidad con el predisponente no se compagina bien con la evolución que en la doctrina europea se viene experimentando en cuanto al juego de los *plafonds* legales (a partir de una primera época, en que, sobre todo en Francia, se entendía como regla general la reducción automática al *plafond*)⁷². La propuesta de MARÍN LÓPEZ se apoya en el análisis de qué tipo de cláusulas vienen considerando abusivas los Tribunales⁷³, y en sostener que el exceso del límite legal no comporta aún indemnización desproporcionada ni abuso manifiesto. Pero acaso hay que proceder al revés, e interpretar lo que vienen haciendo los Jueces con arreglo a otros parámetros y a la indicación legal; y entender que la Ley no establece lo razonable o promedio, sino el máximo hasta donde se puede llegar, avisando además al predisponente, que no podrá argüir que se le fue la mano, que no calculó bien...

Ahora bien, la propuesta de MARÍN LÓPEZ sí pudiera ser útil, como ya se dijo en nota, para casos que hay que entender como un tanto marginales y de carácter casual (por más que luego se presenten con frecuencia), en que, ajustando las cosas *ab initio* de modo morigerado y razonable, la cláusula tiene luego por efecto (no por objeto), un *resultado excesivo*: por ejemplo cuando siendo el interés legal al tiempo de contratar del 4%, y habiéndose establecido un moratorio del 10%, el interés legal al tiempo del incumplimiento ha bajado al 3%: aquí se practicaría, cuando menos, una reducción conservadora, ajustando al 9% (o al 7,5% si considerásemos que el límite que ha de entrar en juego es el de dos veces y media el interés legal).

VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Nuestra intención en este ensayo, ha sido sobre todo incitar a la reflexión acerca de hasta qué punto, si se ha entendido necesario instaurar una lógica atenta al contratante débil y a la protección del consumidor, ha de terminar por impactar esta lógica y viene impregnando la construcción del ordenamiento contractual, las soluciones, los mecanismos, los criterios y los modos concretos de razonar. Y poner de relieve que hay camino aún por hacer, tanto en lo que se refiere a allanar y hacer diáfanos las vías para que ciertos silogismos y razonamientos superen los intrincados obstáculos que en la práctica parecen resistir a su implantación, como en lo relativo a sopesar y equilibrar bien las consecuencias novedosas que el impacto de la lógica de la asimetría produce

sobre un entramado normativo y práctico construido ante todo atendiendo a la lógica clásica contractual.

En este tiempo de crisis, y al mismo tiempo de ebullición jurisprudencial, normativa y doctrinal, se dan pasos en pro de una verdadera proscripción del abuso contractual; se introducen reflexiones y argumentos que por fin reflejan, acaso con extraño retraso, hasta dónde pueden penetrar ciertos criterios modulando la idea de formación y eficacia del contrato; se readaptan procedimientos...; pero asimismo, y a veces incluso enmascaradas en innovaciones legales que quieren presentarse como desarrollo de aquel argumento, y buscan a la vez suavizar el rigor de ciertas conclusiones en un tiempo de crisis, pueden introducirse barreras a la expansión natural de aquella lógica, dejando como herencia posterior carencias injustificadas; y es preciso también ser cuidadosos para evitar que en virtud de ciertos anhelos de justicia y equidad, criterios más o menos secundarios pero dignos de consideración, y que han permanecido como encorsetados por largo tiempo, se liberen ahora y en estado salvaje, justiciero, subviertan y desvirtúen el derecho contractual...

Será preciso separar el grano de la paja; pero al mismo tiempo, si se juzga conveniente, no dejar a medio camino y seguir desarrollando esta adaptación a nivel más profundo del derecho a la lógica del ajuste de la asimetría contractual; lo que requiere simultáneamente un impulso en la armonización cara al mercado interior.

Como refleja ORDUÑA MORENO en el sugerente comentario citado a la STS de 9 de mayo (cláusulas suelo), y como se ha planteó en estudios y trabajos como los promovidos en el seno del grupo *Nulidad*, de la Universidad de Zaragoza, es preciso dar respuestas nuevas, un tanto creativas y adaptadas, a una realidad contractual nueva, necesaria y aceptada, pero con tal de que su dinámica no nutra un constante enriquecimiento injustificado de los predisponentes a causa de los «muchos pocos» que sustraen a los adherentes, sin que estos, por falta de conocimiento, tiempo y medios, puedan evitarlo. Este es el desafío que se planteó desde el principio, y sigue vigente ahora.

Es importante que el ordenamiento dé una respuesta acompasada al ritmo con que determinadas cláusulas contractuales, novedosas y que pueden terminar siendo sospechosas, se pergeñan en los gabinetes jurídicos de los profesionales y empresarios, y se ponen en funcionamiento para una pluralidad de contratantes⁷⁴. Este es el reto esencial, tanto para proteger al consumidor como para evitar ciertos sobresaltos ulteriores a las empresas, y que luego hayan de intervenir los jueces como apagafuegos, resolviendo salomónicamente intrincados y difíciles conflictos.

Recuerdo la aseveración de un sabio que alguien una vez me hizo notar: «la vida es una sucesión de malentendidos; hemos de procurar pues que jueguen siempre a nuestro favor». Parece que las indudables dificultades, las dudas e incertidumbres, la lentitud en el proceso, que plantea la adaptación del ordena-

miento contractual y las estructuras institucionales, procedimentales, etc., que con él engarzan, a la lógica de la asimetría contractual, juegan usualmente a favor del predisponente. En esta partida de ajedrez, con el contratante débil como punto de referencia, los equipos jurídicos de las grandes compañías siguen contando de antemano, y dan muestras de confiar en ello, con algunas ventajas; no tanto en el nivel de la formulación de principios y criterios, sino por el aprovechamiento de algunas carencias y contradicciones en la reglamentación positiva; y sobre todo, por las dificultades que revela el ordenamiento a la hora de establecer un sistema coherente y bien perfilado y acabado de remedios preventivos y represivos.

Por todo ello, aun siendo privatistas, es probablemente necesario reconocer y aceptar que un bien trabajado, y serio, sistema de controles y sanciones administrativas, debe ser puesto en funcionamiento, porque el instrumental del derecho privado y tutela judicial es insuficiente a los efectos que se desean. Y en cuanto a esta última, es preciso afinar más, y con decisión, en el ajuste del mecanismo de la acción colectiva, y la diáfana coordinación entre lo que se revela a través de la tutela colectiva y lo que en consecuencia puede pretenderse mediante una reclamación individual (y viceversa). Como indudablemente se trata de una de las claves del asunto, tortuosos obstáculos vienen dificultando que se clarifique y se haga eficaz este sistema, no debiéramos «salir» de esta crisis sin haber solucionado esta cuestión.

NOTAS

¹ Sobre este punto, no me resisto a recordar este luminoso texto de S. LEIBLE: «... La preformulación unilateral del contenido contractual está asociada típicamente al peligro de que las condiciones contractuales se ajusten exclusivamente o excesivamente a los intereses de usuario y que no tengan suficientemente en cuenta los principios de la buena fe del cocontratante. Ello puede conducir a inaceptables disparidades contractuales. Si bien el cocontratante, como sujeto que actúa con autonomía privada, concluye libremente el contrato, no tiene, al contrario del contrato individual, posibilidades o solamente muy limitadas posibilidades de influir sobre el contrato que se le ofrece. Por cierto ello no obedece —como se afirma con frecuencia— a la «inferioridad económica» de la parte cocontratante respectivamente a la «superioridad económica» del usuario de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas contractuales preformuladas con frecuencia son aceptadas sin oposición aun por partes comercialmente expertas, por ejemplo, empresas, aun cuando económicamente son más poderosas que el usuario. Desde el punto de vista económico, por regla general, no les queda otra alternativa. Si no, antes de la concertación de un contrato siempre tendrían que controlar las condiciones generales de contratación de la otra parte, en su caso negociar cláusulas que se apartan y/o dirigirse a la búsqueda de partes cocontratantes con cláusulas más favorables. Pero esto ocasiona costas, que generalmente no están en relación con el monto del negocio concertado. Para quien compra material para la oficina de su empresa sencillamente no le conviene tal proceder. Precisamente esta circunstancia es aprovechada por los usuarios de las condiciones generales de contratación *para trasladar riesgos contractuales al cliente*. Ya la realidad de la unilateral preformulación conduce a una superioridad del usuario de las condiciones generales de contratación y ocasiona una desigualdad contractual. Por ello, un control legislativo de cláusulas contractuales preformuladas no puede servir solamente al objetivo de

la protección de los más débiles partícipes del mercado, por ejemplo, el consumidor, sino, de manera totalmente general, al aseguramiento de la capacidad funcional de un sistema jurídico privado basado en el principio de la autonomía privada». Cfr. LEIBLE, S., «Cláusulas abusivas en el ejemplo de las cláusulas penales contractuales abusivas. Informe de derecho alemán», en el volumen *Cláusulas Abusivas*, I, Col. *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, 1999, pág. 101 y sigs., pág. 113-114.

² «Para la coherencia de la doctrina liberal de los contratos, los contratos con condiciones generales han de ser segregados de los contratos en general y tratados en alguna medida de manera diferenciada». Cfr. MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., «Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 30, 2010, pág. 1. El planteamiento general es relativamente fácil de aprehender hoy día, máxime cuando el difícil trabajo de abrir huella en la nieve ha sido ya hecho, y en este sentido hay que aludir a la doctrina y Jurisprudencia alemana que fue formando el *corpus* que sedimentó en la Ley de 1976 (AGB-G). Y entre los estudiosos españoles, sin olvidar al notable conjunto de juristas que han escrito certeramente sobre esta materia, es justo recordar, como referencia en esa tarea de desbroce y ubicación sistemática ajustada, la doctrina de F. DE CASTRO, en varios estudios, entre los que destacaré «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, XIV-II (abril-junio 1961), págs. 295 y sigs., reeditado en Civitas, Madrid, 1975; y casi al final de su vida, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, XXXV-IV, 1982, págs. 987-1085.

³ Cfr. PÉREZ HEREZA, J., «Los mecanismos de protección del consumidor bancario», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 30, marzo-abril 2010. Incluye también unos apuntes acerca de la necesidad de *educar al consumidor*.

⁴ Sobre esta normativa, *vid.* por todos MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, págs. 7 y sigs., 11 y sigs.

⁵ *Vid.* para una primera aproximación, MENDOZA LOSANA, A. I., «Inminente reforma de la Ley General de Defensa de los Consumidores», en *Noticias Consumo*, www.uclm.es/control/cesco; y después el conjunto de comentarios que encontramos en la web de CESCO.

⁶ A menos que lo que se pretenda sea tener un pretexto defensivo, un salvoconducto para «dar por sopesada» la decisión de contratar (un poco al modo en que opera el consentimiento informado en el ámbito sanitario).

⁷ *Vid.* MENDOZA LOSANA, *ibidem*, y con más detalle crítico acerca del proyectado artículo 98.6, en «Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007», *CESCO*, 6/2013, págs. 308-328.

⁸ «Las condiciones generales o cláusulas predisuestas no tienen fuerza de ley entre las partes, como para los contratos en general dice el artículo 1091, por la mera adhesión, si no superan un control al que no están sometidos otros contenidos contractuales». Cfr. MIGUEL, «Libertad contractual...» (2010) *cit.*, pág. 2. Aparte de este texto y como desarrollo de lo apuntado en la larga cita de LEIBLE, sobre el significado de la adhesión a las condiciones generales, las exigencias de la buena fe y el fundamento del control de contenido, *vid.* ALFARO, «Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación», en MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 82 y sigs.; y MIGUEL, «ad artículo 8 LCGC», pág. 437 y sigs., y «ad D. A. 1ª. Tres LCGC», pág. 893 y sigs., en los mismos *Comentarios*. Y ténganse en cuenta las consideraciones plasmadas en la STJUE Aziz, de la que hablaremos de inmediato y con anterioridad las Conclusiones de la Abogado General J. KOKOTT, en relación con el mismo asunto.

⁹ Me remito a la jurisprudencia que citaré *infra*, y a la explicación de todo ello en el notable y equilibrado estudio de MARTÍNEZ ESPÍN, P., «El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos», *CESCO*, 6/2013, págs. 79-97, pág. 81.

¹⁰ Esto lo vio y lo reflejó perfectamente DE CASTRO, *ADC*, 1982, *op. cit.*, págs. 1074 y sigs. Muchos problemas plantea, y no podemos detenernos ahora en ellos, la desprotección en que se encuentran autónomos y pequeños empresarios, a los que les está vedado, por ejemplo, el acceso al arbitraje de consumo, y se encuentran particularmente desprotegidos ante cláusulas y prácticas abusivas en sectores como los contratos de servicios de informática y de la sociedad de la información, telefonía, mantenimiento de equipos, suministros, etc...

¹¹ Aunque también son útiles estas listas negra y gris en cuanto indicios para valorar el carácter abusivo. *Vid.* §§ 307 a 310 BGB, y ALBIEZ DORHMANN, K., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2009, págs. 38 y sigs.

¹² ALBIEZ DORHMANN, K., *ibidem*, *vid.* especialmente págs. 146 y sigs.

¹³ *Vid.* BERCOVITZ, R., *ad* artículo 8 LCGC, en BERCOVITZ, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999-2000, págs. 264 y sigs. Para PASQUAU LIAÑO, «lo que no ha hecho el legislador lo va a hacer lenta y fragmentariamente la jurisprudencia (...) de la mano del artículo 4.1 del Código Civil: para ello bastará con descubrir que la *ratio* del artículo 10 bis. 2ª de la LCU (82. 1 TRLCU) no se agota en el hecho de la condición «personal» de consumidor, sino que se extiende al proceso de asimetría en la formación del contrato». *Cfr. ad* artículo 9 LCGC, en estos mismos *Comentarios...*, pág. 275 y sigs. Este recurso a la idea de analogía, a ALBIEZ DORHMANN le parece forzado (*op. cit.*, pág. 204 y sigs.), si bien, en mi opinión, la idea es aprovechable. Respecto a la posición de MIGUEL, *cfr. Comentarios*, MENÉNDEZ/DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 446 y sigs., págs. 463-464. Su pesimismo crítico es compartido por ALBIEZ DORHMANN, quien también acepta las posibilidades del recurso al artículo 1258 del Código Civil. *Cfr. op. cit.*, págs. 208 y sigs., 217-219.

¹⁴ *Vid.* por todos ALBIEZ DORHMANN, *op. cit.*, págs. 34 y sigs. y 208 y sigs., y allí más bibliografía y referencias jurisprudenciales básicas.

¹⁵ *Vid.* las sugerentes consideraciones de ALBIEZ DORHMANN, *op. cit.*, págs. 214-215 y nota 368. Aprecia una «falta de una cultura jurídica en nuestro país en el campo de los contratos de adhesión. A pesar de los numerosos trabajos que ha habido, no es una materia que haya calado entre nuestros juristas prácticos. Siempre me ha sorprendido la falta de litigios sobre condiciones generales (...) Es verdad que algo está cambiando. Pero el nivel de protección que se logra en Alemania es incomparable con la protección que se dispensa en España (...). Basta hacer un estudio comparativo anual de la jurisprudencia alemana con la española para constatar esta realidad» (pág. 214). Y ALFARO, en una de las interesantes discusiones que se suscitan en su blog, afirma: «...El problema es que las cláusulas abusivas no se han litigado lo suficiente y, además, muchos jueces consideraron que un 20% de interés moratorio no era abusivo...». *Cfr.* «La sentencia del Tribunal de Justicia sobre el procedimiento ejecutivo hipotecario español: mucho ruido y pocas nueces», *Blog Derecho Mercantil, Post*, jueves 14 de marzo de 2013.

¹⁶ Hay quien manifiesta cierto temor por los excesos a que pueden conducir algunos razonamientos o la combinación de ciertos argumentos. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «El control del cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 de mayo 2013 sobre cláusulas suelo», *CESCO (on line)*, 6/2013, págs. 98 y sigs., págs. 113-115. A medio camino, observa este autor, entre lo que pudiera verse como fuego purificador y/o temerse como disolvente de principios y seguridades asentadas, con peligrosa repercusión en ciertos equilibrios económicos (y no es ajena a esta idea la STS de 9 de mayo de 2013, larga exhibición de equilibrios de funambulista...), criterios que habiendo tenido el adecuado cauce de actuación hubieran quizá supuesto un sano límite a los abusos, amenazan hoy con salir del letargo en que han estado como narcotizados, y, mezclándose unos con otros de una manera loca, tomarse una desmesurada revancha. No llegará la sangre al río, pienso, como la Sentencia antes citada parece mostrar.

¹⁷ Actuación del legislador que a veces se muestra ambivalente, como ha explicado, por todos, ROGEL, por cuanto al mismo tiempo que concreta un límite o prohibición contractual, limita también el alcance que pudiera tener en pro del contratante débil la aplicación directa

de los principios por la Jurisprudencia, con lo que a veces puede quedar incluso la duda de si no es el propio legislador quien otorga carta de naturaleza o al menos deja la puerta abierta a auténticos desequilibrios contractuales. Esta consideración está hoy de actualidad en relación con disposiciones como las contenidas por la Ley 1/2013, y las cuestiones prejudiciales a que han dado lugar, y a lo que más adelante aludiremos.

¹⁸ En ocasiones, el problema es de perplejidad, porque las disposiciones legales concretas no están bien compactadas, coordinadas, y/o chocan entre sí, y esos vacíos y contradicciones, procedan o no de una voluntad consciente del legislador, son grietas por las que se escapa el agua y la posibilidad de adoptar decisiones de protección del contratante débil que intuitivamente se antojan convenientes, y que probablemente (pero ya no con plena seguridad), resultarían amparadas por la fuerza de un principio general.

¹⁹ Y la lógica de la asimetría y desequilibrio no puede agotarse en contemplar la cláusula. La STJUE de 13 de marzo de 2013 alude a la conveniencia de examinar los medios de que dispone el consumidor para que cese la cláusula abusiva, para valorar hasta qué punto le perjudica. Aunque MARÍN LÓPEZ no encuentra sentido a esta remisión («pues el carácter abusivo o no de una cláusula no depende del modo en que el derecho nacional prevé su cese»), este inciso de la sentencia aporta un toque de atención, para contemplar la posición relativa de predisponente y adherente en una visión panorámica de los remedios que al contratante débil le ofrece el ordenamiento. Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J., «La «voluntad virtual» del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores?», *CESCO*, 5/2013, págs. 35-43., pág. 40.

²⁰ *Vid.* DE CASTRO, en *ADC* (1982) *cit.*, págs. 1081 y sigs.

²¹ En este sentido tiene mucha razón PÉREZ HEREZA, *cfr. ibidem*.

²² Pues, se nos dice, su exasperación conllevaría un exceso inasumible de costes, parálisis económica, falta de competitividad en el concierto internacional... Sin embargo, si algo caracteriza también esta crisis, es el aflorar de mucho, quizá demasiado abuso contractual. Y esto nos debe llevar a valorar, en sentido opuesto, si desdibujar un tanto las exigencias de la justicia contractual, sacrificándolas a ciertos postulados de eficiencia económica, merece la pena; o si tomar muy en serio la atención al contratante débil y al consumidor no supondrá en realidad una mejor garantía de crecimiento y crecimiento equilibrado. Se nos dice que el proteccionismo ocasionará costes, que se repercutirán al consumidor; y quién nos dice que no haya de ser mejor tener que asumir, todos, ciertos costes, en vez de esa *ilusión de facilidad* que mucho ha tenido que ver, en mi opinión, con la génesis y características de la crisis actual.

²³ Tal constatación engarza con aquellos claroscuros a que alude ROGEL VIDE, C., «Claroscuros del derecho del consumo. Algunos botones de muestra», *Obligaciones y contratos. Cuestiones actuales*, Madrid, Reus, 2013, págs. 295 y sigs.

²⁴ A este aspecto se refiere también ROGEL, *op. cit.*, págs. 314-315; y remite al completo estudio y bibliografía que ofrece ALFONSO VELÁSQUEZ, O., *El contrato de servicio telefónico*, Madrid, Reus, 2013.

²⁵ La literatura a que ha dado lugar es muy amplia. Para seguir el detalle, en síntesis y en los aspectos que a nosotros aquí conciernen, aconsejo entre tanto material, dos buenos estudios, uno inmediatamente posterior a la Sentencia: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales», *CESCO (on line)*, 5/2013, pág. 6 y ss; y otro realizado más adelante, y ya tras las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, que trató de plasmar legislativamente las exigencias de la Sentencia: BLANCO GARCÍA, A. I., «Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», *CESCO (on line)*, 7/2013, págs. 195 y sigs.

²⁶ Cfr. PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. por BERCOVITZ, Aranzadi, Navarra, 1999-2000, págs. 779 y sigs. y pág. 871.

²⁷ Aunque PASQUAU LIAÑO había aceptado, junto con otros autores, que el Registrador también denegaría la inscripción cuando la cláusula resultara «objetivamente abusiva» por su cotejo con la lista legal, aunque no existiera Sentencia inscrita en el Registro *ad hoc*. «En los demás casos, difícilmente puede entrar a calificar sin invadir funciones jurisdiccionales».

²⁸ Si bien no deja de ser una nulidad peculiar. «Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone». Vid. STJUE de 4 de junio de 2009 (caso Pannon, C243/08), y MIGUEL GONZÁLEZ, «Libertad contractual,..., cit. *El Notario del Siglo XXI*, www.elnotario.com, núm. 30, 2010.

²⁹ Vid. entre las primeras resoluciones, STJUE, de 27 de junio de 2000, caso Océano y Salvat, C-240 a 244/98, núm. 28; después, la citada de 4 de junio de 2009; y ya entre las recientes, STJUE 14 de junio de 2012, caso Banco Español de Crédito, C-618/10).

³⁰ La Ley 1/2013, al modificar el artículo 552 LEC, recoge esta posibilidad para el juicio ejecutivo, aunque no hay Sentencia del TJUE que se haya ocupado específicamente de este asunto.

³¹ Quedan además a disposición de quien pretende la inscripción los correspondientes recursos, que pueden abocar a una decisión definitiva de carácter judicial; y frente a la idea del relativo *impasse* que supone atender a la decisión del Registrador y el temor de que en ocasiones alguno se exceda en la rigidez de su apreciación, hay que entender compensados con creces estos inconvenientes, con el beneficio de una mayor seguridad en la correcta conformación del título ejecutivo.

³² «La Resolución de 24 de julio de 2008, que se presentaba como el referente y culminación de la expuesta doctrina de la DGRN, fue anulada por Sentencia de la AP de Tarragona de 1 de abril de 2011». Cfr. VÁZQUEZ DE CASTRO, «La función preventiva de los registradores contra las cláusulas abusivas», 2013, recogido en www.notariosyregistradores.com. Ahora bien, recientemente, y no sin un punto de ambigüedad, la STS 538/2011 de 13 de septiembre de 2013 ha casado dicha Sentencia de Audiencia, pero considerando al mismo tiempo como opción interpretativa más adecuada la posteriormente seguida por la DGRN, a la que aludiremos inmediatamente en el texto, tomando el TS como referencia la RDGRN de 16 de agosto de 2011.

³³ Para examinar en general toda esta temática, incluyendo la evolución del pensamiento de CARRASCO PERERA, vid. MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección...* cit., págs. 151 y sigs. Y junto a la Resolución citada en el texto, vid. el resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado, con reseña de otras varias, que ofrece la Resolución de 13 de septiembre de 2013 (ambas pueden consultarse en www.notariosyregistradores.com).

³⁴ En el texto lo planteo como hipótesis, como provocación, aunque pueda parecer otra cosa, y aprovecho ahora para aclararlo. Cfr. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 171-173.

³⁵ Vid. las interesantes consideraciones que hacen BLANCO GARCÍA, *op. cit.*, págs. 210-211, y GOMÁ LANZÓN, «Reflexiones a propósito del órgano notarial de control de cláusulas abusivas», *El Notario del Siglo XXI*, viernes 7 de febrero de 2013 (www.elnotario.es), alrededor del nuevo Órgano notarial de cláusulas abusivas, puesta en marcha por el Consejo General del Notariado. Y en general sobre estos temas, vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Control notarial de la legalidad*, Civitas, Madrid, 2010.

³⁶ Es interesante la doctrina que incluye la STJUE respecto a la valoración de las cláusulas de vencimiento anticipado. Aunque el legislador se ha apresurado a suavizar el rigor con que se concebía su funcionamiento (con un automatismo en mi opinión ajeno a la lógica del control de contenido), estableciendo la necesidad del impago de tres cuotas mensuales (o equivalente) para que pueda operar en la deuda hipotecaria, se trata de un marco mínimo, pero luego hay que analizar caso por caso, con sentido de proporcionalidad al incumpliendo acaecido, en relación con la duración de la relación, las cantidades que ya se han ido satisfaciendo y quedan por devolver, la garantía de la posición del acreedor y la situación del deudor... Vid. en este sentido DOMÍNGUEZ LUELMO, «La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación...», CESCO (*on line*) 5/2013, cit., pág. 16 y sigs.; y ALFARO, «La cuestión prejudicial sobre intereses moratorios y vencimiento anticipado de un Juez de Santander», *post* 30 de noviembre de 2013, derechomercantilespana.blogspot.com.

³⁷ Vid. arts 552 y 695 LEC, y 129. 2. f de la Ley Hipotecaria.

³⁸ Un primer ajuste lo ha proporcionado la Ley 8/2013, que ha ampliado un poco el brevísimo plazo de alegaciones que inicialmente se había establecido, dejándolo en quince días tras la citación; luego, el Juez decidirá en dos días lo que proceda.

³⁹ Razones de fondo relacionadas con un particular momento en la historia de la competencia entre entidades financieras y ofertas de crédito hipotecario a los clientes; y ulteriormente, con un tiempo de dificultad en los balances...; habría que pensar cuál habría sido la decisión en una época de bonanza...; aunque como razona la propia Sentencia, que en esto no engaña, está aplicando el derecho (habría que ver si es posible llegar hasta ese punto) también a la vista de la difícil circunstancia. Las Sentencias de Audiencias que se han ido dictando después, reflejan esta anfibia de la STS 9 de mayo y las diversas interpretaciones y consecuencias que en ella pueden fundamentarse cara al futuro. *Vid.* AGÜERO ORTIZ, A., «Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos», *CESCO, Notas Jurisprudenciales*, 16 de septiembre de 2013.

⁴⁰ Así se expresa inicialmente ALFARO, en su *post* del 10 de mayo de 2013; si bien después, sus comentarios en el blog han ido elevando el tono de la crítica.

⁴¹ Por eso, alguno de sus críticos más caracterizados, parecen estar preparando el argumentario para un recurso de inconstitucionalidad. *Vid.* CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», *CESCO (on line)* 7/2013, págs. 126 y sigs., y allí más referencias y comentarios. Habrá que estar pues atentos a la evolución posterior, se trata solo de una Sentencia, hay que seguir revisando la actuación de la jurisprudencia menor, si hay reiteradas sentencias del TS, y el eventual pronunciamiento futuro del TC; la Ley 1/2013 trata de resolver la cuestión en el artículo 6 («Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios»), que exige la expresión manuscrita «en los términos que determine el Banco de España», por la que el prestatario manifieste que ha sido advertido de los posibles riesgos derivados del contrato... Esperemos que el sistema que se establezca sea útil... Cara a contratos futuros, por la propia fuerza de las cosas, vinculada también a nuevas reglas de transparencia bancaria, a la información que tiene hoy el cuerpo social acerca de estas determinaciones del precio, la evolución de la economía y el cuidado que se supone pondrán las entidades financieras en negociar y renegociar, aclarar y poner de manifiesto estas cláusulas de manera que *impacten* en el ánimo de quien va a contratar, cabe pronosticar que seguramente la situación va a cambiar. *Vid.* respecto al *impacto* de que hablamos, la breve explicación de CÁMARA LAPUENTE, acerca de la expresión *prominent* sugerida en una reforma propuesta por la *Law Commision*, «El control de cláusulas abusivas sobre el precio...», *cit.*, *CESCO (on line)*, 6/2013, págs. 98 y sigs., pág. 104 y nota 13.

⁴² Que tiene mucho que ver con la idea de cláusula sorprendente, que desemboca en Alemania en considerar que la infracción del llamado *transparenzgebot* (deber de transparencia) convierte la cláusula en abusiva y, por tanto, tiene las mismas consecuencias del control de contenido, lo que no parece, hasta la fecha, haberse adoptado o desarrollado sino solo muy tímidamente en el derecho español. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 105. En la doctrina, lo ha sostenido, con argumentos no desdeñables (según el autor citado), PERTÍNEZ VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, Aranzadi, 2004. Según la interpretación dominante, este tipo de cláusulas quedaría en su caso fuera del contrato por no superar el control de incorporación. El planteamiento de PERTÍNEZ VILCHEZ (y de la STS) no convence en absoluto a CARRASCO PERERA.

⁴³ *Cfr.* artículo 4. 2 Directiva. 13/93... «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». *Vid.* las sugerentes explicaciones sobre posibles ajustes o modulaciones legislativas de este precepto, para determinados ámbitos o tipos de cláusulas, de CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 104-105.

⁴⁴ Aconsejo sobre este punto, una vez más, la lectura del notable estudio citado de CÁMARA LAPUENTE, «El control de cláusulas abusivas sobre el precio...», *CESCO (on line)*, 6/2013, págs. 98 y sigs., y allí más referencias, del mismo autor y de otros.

⁴⁵ El TS hace un elenco de los signos de falta de la suficiente transparencia (seis motivos, situados también en el apartado Séptimo del Fallo), aclarando en un Auto de 3 de junio de 2013 que no se trata de una lista exhaustiva, y que lo esencial es que la combinación de varios

o todos estos parámetros (u otros semejantes), permitan hacer un juicio relativamente abstracto de falta de transparencia, respecto a las cláusulas empleadas en el caso por las entidades enjuiciadas; juicio, por tanto, que puede extenderse, a los efectos de la decisión tomada por la Sentencia, si a esos datos generalizables que el Tribunal recaba no puede oponer el banco la demostración cumplida de haber informado en especial concretamente al/los cliente/s. Sin que el resultado insustituible del «perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato» pueda «anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real».

⁴⁶ Porque queda también sobrevolando el asunto la idea de que muchos clientes en concreto probablemente sí eran conscientes de la repercusión de la cláusula, al menos en determinados contextos.

⁴⁷ Vid. HERNÁNDEZ GUARCH, C., «La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas», *CESCO (on line)*, 6/2013, págs. 134 y sigs.

⁴⁸ Cfr. SAP de Madrid de 26 de junio de 2013, y los *post* de ALFARO, en *derechomercantilespana.blogspot.com*, de 25 de junio, y 24 de septiembre y 19 de noviembre de 2013.

⁴⁹ Aunque ALFARO considera imposible este juicio abstracto, igual que GONZÁLEZ CARRASCO («Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS de 4 de mayo de 2013», *CESCO, (on line)*, 6/13, págs. 116 y sigs.). Según el primero, la STS debía haber desestimado el recurso, y limitarse a marcar los criterios útiles para orientar la discusión acerca de la transparencia en los juicios individuales, en cuyo contexto cabe decidir la restitución, quedando la duda de si juega alguna presunción a favor del cliente al organizarse la carga de la prueba de la transparencia (ALFARO entiende que no). Pero la STS quiere positivamente *cerrar* cualquier discusión sobre la restitución una vez *concedido* el juicio abstracto y la cesación. Por mi parte, no estoy tan seguro de que sea imposible plantear el valor de un juicio abstracto de falta de transparencia, con limitados efectos, entendiendo que mientras no haya prueba suficiente de lo contrario (de modo semejante a como pasa con el carácter no negociado de una cláusula), el conjunto de elementos de valoración que se tiene (la formulación de la cláusula, su colocación en una prolija documentación, etc.), puede permitir juzgar en abstracto que merecen ser en conjunto eliminadas.

⁵⁰ Se refleja así de algún modo en la Sentencia, la mixtificación del control de transparencia con el control de contenido, aunque muchas veces no termina de quedar claro si el carácter abusivo estriba solo y consiste, sin ir más allá, en la propia falta de transparencia (así parece resultar de muchas afirmaciones), o de un peculiar control de contenido derivado de aquella carencia. La STS contiene afirmaciones como que la superación del control de incorporación «es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente» (cfr. nn. 211 y 215). Y en nn. 251 y sigs. hace una serie de consideraciones acerca de desequilibrio contractual contrario a la buena fe. Indica que para juzgar el equilibrio de las cláusulas suelo es preciso valorar el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos (en el caso, el tipo mínimo). Y resulta que la cláusula da cobertura exclusivamente a riesgos para el banco, sin que haya esa misma protección real para el consumidor, frustrándose sus expectativas. *Ergo* hay desequilibrio contractual abusivo. Cfr. especialmente nn. 263-264. Más consideraciones cabría hacer conectando el equilibrio de la cláusula suelo con la posición diversa de las partes en cuanto al control del tiempo, de la evolución de los tipos, etc.

⁵¹ Requiere interpretar el texto del artículo 4.2 de la Directiva entendiendo que sus exigencias van más allá de una simple alusión a la claridad literaria y corrección gramatical en la redacción de una cláusula. En esta faceta de la especificidad del control de transparencia insiste, de una u otra forma, la Sentencia: cfr. núm. 197 y núms. 204 y sigs. Este filtro específico «incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato». Vid. núm. 215.

⁵² La distinción entre cláusulas definitorias y cláusulas accesorias o secundarias está aceptada por doctrina y jurisprudencia española y europea. El Informe de la Comisión de 27 de abril de 2000 diferencia entre las cláusulas relativas al precio y otras por las que se estipula

el método de cálculo o las modalidades de modificación del mismo, que entrarían en el ámbito de aplicación de la Directiva. La STS que comentamos, aunque alude a estas opciones conceptuales, rechaza estas distinciones y define las cláusulas directamente como precio del contrato, lo que va en línea con el primer orden de pensamiento que hemos identificado.

⁵³ «Lo que incide en la falta de claridad de la cláusula al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato» (cfr. STS, núm. 221, y también 274). A lo que añado yo, no solo incide en la falta de claridad, sino que, al desligarse por causa de esa consideración secundaria del carácter de definitoria del precio, pasa a caer en los dominios del control del contenido.

⁵⁴ Vid. ORDUÑA MORENO, «Consecuencias de la nulidad parcial de la cláusula suelo. Integración del contrato: ineficacia parcial y modulación del efecto retroactivo», 11 de octubre de 2013, consultado en www.legaltoday.com.

⁵⁵ Los contenidos están también disponibles *on line*, vid. por ejemplo, y comparar, MIQUEL, «La nulidad de las condiciones generales», y CLAVERÍA, «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», en *Coloquio 2006 Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos, blog Nulidad* (Unizar).

⁵⁶ La propia STJUE de 21 de marzo 2013, explica ORDUÑA, «a través del criterio de seguridad jurídica permite, en última instancia, dicha moderación mediante los criterios de buena fe y el riesgo de trastornos graves (orden público económico)».

⁵⁷ Cfr. PERDICES HUETOS, *ad. art. 10 LCGC, Comentarios*, MENÉNDEZ-DÍEZ PICAZO *cit.*, págs. 540-541.

⁵⁸ Cfr. CANARIS C. W., «*Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen*», *Festschrift Steindorf*, Berlin-New York, 1990, pág. 519 y sigs., págs. 557 y sigs.

⁵⁹ Cfr. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal...*, *cit.*, pág. 168.

⁶⁰ Para confrontar con el texto, en relación con este tema, y entre tanta bibliografía hoy a disposición, aconsejo inicialmente la consulta de algunos materiales: el reciente post de ALFARO ÁGUILA-REAL, «La cuestión prejudicial sobre intereses moratorios y vencimiento anticipado de un juez de Santander» (derechomercantiles.ana.blogspot.com, 30 de noviembre de 2013), que interesa comparar con MARÍN LÓPEZ, M. J., «Los intereses moratorios en la Ley 1/2013, o sobre la necesidad de interpretar el artículo 114.III LH y la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 17/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE», *CESCO (on line)*, 7/2013, págs. 185 y sigs.; los textos de las cuestiones prejudiciales presentadas por el J. 1.ª Instancia de Marchena de 16 de agosto de 2013, y el J. 1.ª Instancia núm. 2 de Santander el 19 de noviembre de 2013. Y también, para hacernos una idea de la situación, las *Conclusiones de la jornada sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias*, organizada por el CGPJ en Madrid el 8 de mayo de 2013 (también disponible *on line*). Con más amplitud, vid. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal*, *cit.*, págs. 173 y ss, y confrontar con la monografía, muy útil para tener una visión amplia de la evolución en esta materia, de MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, espec. págs. 243 y sigs.

⁶¹ A pesar de que tal reproche pudiera hacersele, no deja de ser muy sugerente y un ejemplo de provocación útil para el auténtico debate, el trabajo desarrollado por el Registrador de la Propiedad C. BALLUGUERA, que se refleja en sus numerosas aportaciones acerca de estas materias en www.notariosregistradores.com. Es indudable también, a un nivel distinto, erudito y sabio, a la vez valiente y equilibrado, el valor de las aportaciones de MIQUEL, y de las siempre agudas observaciones de CLAVERÍA. Y es referencia ineludible para testar la actualidad y confrontar y valorar razones y argumentos, el conjunto de estudios, de diferente orientación, que se recogen en los últimos números de la revista CESCO de Derecho de Consumo, dirigida por A. CARRASCO PERERA.

⁶² Hay que tener en cuenta, por qué no, como una circunstancia más, la actitud subjetiva del deudor, las razones de su incumplimiento y las posibilidades que tiene de satisfacer la deuda... Estos miramientos, que no se justificarían acaso en otros ámbitos de la contratación (aunque siempre tenemos ahí la regla del Código Civil, de moderación de la indemnización

en caso de buena fe), sí son pertinentes porque nos hallamos en el análisis del contenido y de los efectos de contratos predispuestos con consumidores; actualmente, la normativa que ha ido surgiendo en relación con deudores hipotecarios en dificultades, sí tiene en cuenta, para aliviar su situación, estas circunstancias subjetivas (que por otra parte, en lo relativo a su futura solvencia, hubieran debido ser examinadas y tenidas en cuenta por las entidades financieras con mayor cuidado...); da la impresión de que algunas consideraciones que debieran entrar en juego, sin más, por la aplicación de los criterios ordinarios cuando se verifica el juicio acerca del alcance y validez del vínculo contractual asumido por el consumidor, al menos en determinados ámbitos, como puede ser el deudor hipotecario para vivienda habitual, se introducen ahora como derecho especial, o aún excepcional, vinculadas a una calificación del deudor en precaria situación económica (riesgo de exclusión). Tanto en la aplicación de los criterios ordinarios y generales como en la valoración y efectos de las situaciones especiales, aun habiendo existido una interesante evolución, sigue habiendo margen de mejora y echándose en falta mayor coherencia y audacia.

⁶³ «Parece razonable que si el interés moratorio inferior al interés legal, contractual o de mercado incentiva el incumplimiento (con independencia de que en algún punto por encima del coste de refinanciación haya dejado de ser estrictamente indemnizatorio) esta triple referencia sirva para delimitar el ámbito en que aquel cumple una función indemnizatoria». Más allá, habrá que presumir su función punitiva, y si el interés moratorio pactado se sitúa por encima de estos valores, no podrá ser predispuesto, por abusivo. Cfr. BASOZÁBAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 91 y 101.

⁶⁴ Vid. el post «Intereses moratorios en cláusulas predispuestas», en el blog de ALFARO ÁGUILA-REAL *Derecho mercantil* (derechomercantilespana.blogspot.com.es, lunes 8 de abril de 2013), con referencia a la doctrina expuesta por MIGUEL en los *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigidos por S. CÁMARA LAPUENTE, Colex, Madrid, 2011 (ad art. 83 TRLCU, págs. 764-765), obra monumental que aconsejamos desde estas páginas.

⁶⁵ Quizá en este último caso es cuando puede tener sentido algún argumento de MARÍN LÓPEZ, al que aludiremos a continuación, en el sentido de una reducción conservadora (reducción al *plafond* legal), entendiendo que la cláusula no tiene por objeto, pero sí por efecto, una indemnización excesiva. Tomando el ejemplo de la norma establecida por la Ley 1/2013, y partiendo de un interés remuneratorio modesto, cercano al interés legal, puede parecer razonable una cláusula de interés moratorio que supusiera su multiplicación (ej. interés retributivo del 5%, estando el legal al 4%, y prevemos como moratorio el 10%, que a su vez está por debajo del legal multiplicado por 3). Si luego, al tiempo del incumplimiento, el interés legal hubiera evolucionado y estuviera en el 3%, cabe pensar que aquel interés moratorio no es abusivo, pero sí tiene un efecto excesivo, y se reduciría al *plafond* vigente del 9%. A la inversa, si el interés remuneratorio hubiera sido del 10%, su multiplicación, e incluso el incremento en varios puntos para fijar el moratorio, puede fácilmente situarnos en el territorio de lo abusivo, este es (este debiera ser, y debiera haber sido, desde hace tiempo) el riesgo de jugar con ciertos intereses remuneratorios, y ciertas multiplicaciones o incrementos, como parámetro en la práctica para la construcción del interés moratorio. Pero, como vemos, este espacio en que es posible una reducción conservadora (y lo acepta incluso PERDICES HUETOS, *op. cit. infra*), por más que pueda ser un tanto frecuente, hay que concebirlo y valorarlo como casual y marginal.

⁶⁶ Vid. MÚRTULA LAFUENTE, *op. cit.*, págs. 243 y sigs. Y es significativo de la mentalidad imperante que, como medida urgente y para atender a deudores hipotecarios en riesgo de exclusión y en determinadas condiciones, legislativamente el RDL 6/2012 impuso como moderación del interés moratorio (*sic*), el límite (eso sí, máximo) de sumar el 2.5 % (ahora se ha reducido al 2% en la Ley 1/2013), al interés remuneratorio, a aplicar a todo el capital pendiente del préstamo.

⁶⁷ Coincide con esta interpretación ALFARO, post citado de 30 de noviembre de 2013, con referencia a la STJUE de 21 de marzo de 2013, y Conclusiones de la Abogado General Trstenjak de 13 de septiembre de 2012, en especial nota 25.

⁶⁸ Vid. también PERDICES HUETOS, *ad* artículo 10 LCGC, en MENÉNDEZ/DÍEZ PICAZO (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 519 y sigs., espec. págs. 536 y sigs., y más referencias en mi libro *La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 164 y 167-168.

⁶⁹ El interés remuneratorio pudiera tenerse en cuenta si es parejo al de mercado y se acepta el argumento (un tanto especioso) de que el incumplimiento «no ha de ser un buen negocio para el deudor». En Alemania, sin embargo, no se ha admitido, por entender que aplicar el pacto remuneratorio, libre, puede abocarnos a aplicar ahora a quien no lo había consentido específicamente un interés que se halle hoy muy por encima del de mercado o el legal actual.

⁷⁰ Me remito, sobre estos puntos, a las reflexiones que realicé en *La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 177 y sigs.

⁷¹ Cfr. MARIN LÓPEZ, «Los intereses moratorios...», *op. cit.*, págs. 191-193.

⁷² Aún entonces, la doctrina entendía en Francia que atendidas las circunstancias el Juez podía reducir por debajo del *plafond*.

⁷³ Que en la práctica y en la jurisprudencia se venga tratando con complacencia indiscriminadamente cláusulas de alrededor del 20% en relación con consumidores en contratos predispuestos (la Cuestión prejudicial del J. 1^a I. de Marchena inicia el argumento considerando *prima facie* aceptable un interés moratorio del 19%, FD 4^o) es muestra del estado de ideas que venimos denunciando, y de la necesidad de una nueva reflexión.

⁷⁴ En este sentido, invito a la reflexión acerca de la pertinencia de iniciativas y esquemas de actuación como el que plantea GOMÁ LANZÓN, «Reflexiones a propósito del órgano notarial de control de cláusulas abusivas», *El Notario del Siglo XXI*, viernes 7 de febrero de 2013 (www.elnotario.es).

*(Trabajo recibido el 26-03-2014 y aceptado
para su publicación el 21-04-2014)*