



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA NULIDAD DE
LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS POR VULNERAR LA
BUENA FE Y EL JUSTO EQUILIBRIO**

Autor: Cristina Esteban Díaz
Tutor: Iñigo Navarro Mendizábal

Madrid

Abril 2014

INDICE:

1. EL CONTRATO	8
2. CLÁUSULAS ABUSIVAS:.....	11
2.1.DEFINICIÓN LEGAL DE CLÁUSULA ABUSIVA.....	11
2.2 LA TRANSPARENCIA COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA.....	18
3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS:...	19
3.1FALTA DE TRANSPARENCIA.....	19
3.1.1 STS 241/2003, 9 de mayo.	
3.1.2. STS 401/2010, 1 de julio.	
3.2FALTA DE INFORMACIÓN.....	26
3.2.1 STS 886/2011, 12 de diciembre.	
3.3VINCULEN A LA VOLUNTAD DEL EMPRESARIO.	29
3.3.1 STS 476/2013, 3 de julio.	
3.3.2 STS 545/2013, 24 de septiembre.	
3.4 DETERMINEN LA FALTA DE RECIPROCIDAD EN EL CONTRATO	34
3.4.1 STS 842/2011, 25 de noviembre.	
3.5 FALTA DE BUENA FE	37
3.5.1 STS 501/2008, 3 de junio.	
4.CLÁUSULAS SUELO	40
5.BIBLIOGRAFÍA.....	47
5.1 LIBROS:.....	47
5.2 REVISTAS:.....	47
5.3 JURISPRUDENCIA:.....	47
5.4 LEGISLACIÓN:.....	48
5.5 RECURSOS DE INTERNET:.....	48

RESUMEN

Las condiciones generales de contratación han sido y continúan siendo, un foco objeto de debate en relación a las distintas cláusulas que componen los numerosos contratos que día a día se suscriben. En concreto aquellas cláusulas que tienen carácter abusivo. El artículo 80 del TRLGCU recoge clasificación de cláusulas no negociadas individualmente haciendo referencia a la concreción, claridad y sencillez en la redacción, la accesibilidad y legibilidad y, por último la buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Por tanto, se trata de controlar esta clase de estipulaciones con la finalidad de proteger a consumidores y usuarios que se encuentran en un plano distinto al del vendedor. Este trabajo hace una breve referencia a los contratos en general, a las condiciones generales de contratación y a la normativa referente a los consumidores y usuarios. Asimismo, ejemplifica el concepto de cláusulas abusivas en una serie de supuestos donde distintos consumidores se vieron afectados por este tipo de cláusulas y, de esta forma, el Tribunal Supremo concluyó fallando la nulidad de dichas cláusulas. Finalmente se hace una breve referencia a las cláusulas suelo puesto que aún siguen existiendo clientes de entidades bancarias cuyas controversias que provocaron la firma de contratos que incluían este tipo de cláusulas siguen sin resolverse.

Palabras Clave: contrato, condiciones generales de contratación, cláusulas abusivas, buena fe, justo equilibrio, Tribunal Supremo, falta de transparencia, falta de información, cláusulas suelo.

ABSTRACT

The general conditions of contracting have been and are a controversial issue concerning different clauses that compose the numerous contracts made every day. In particular, those clauses with an unfair contractual nature. The article 80 of the TRLGCU contains classification of clauses not negotiated individually in reference to the specification, clarity and simplicity in the wording, accessibility and legibility and, finally, the good faith and the right balance between the rights and obligations of the parties. Therefore, it is a matter of controlling this type of stipulations with the purpose of protecting consumers and users who are in a different position comparing to the seller. The present analysis offers a brief reference to the contracts in general, the general conditions of contracting and the regulation concerning consumers and users. Likewise, it puts into practice the concept of unfair contractual clauses in several cases where different consumers were affected by this type of clauses and, therefore, the Supreme Court concluded ruling the nullity of the above mentioned clauses. Finally, it also mentions briefly floor clauses since, nowadays, there are still clients from the banks that continue without a solution to the problem that the sign of the contracts, which included this type of clauses, caused.

Key Words:

Contract, general conditions of contracting, unfair contractual clauses, good faith, just balance, Supreme Court, lack of transparency, lack of information, floor clauses.

LISTADO DE ABREVIATURAS:

ART	Artículo
CC	Código Civil publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación
LGDCyU del 84	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
RJ	Resolución Judicial
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCyU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo realiza un análisis de la nulidad de contratación por vulnerar la buena fe y el justo equilibrio desarrollando con cierto detenimiento, las cláusulas abusivas incluidas en diversos. Actualmente, el mundo en el que vivimos se da con bastante frecuencia un intercambio masivo de intercambio de bienes y servicios, consumidores y usuarios. A la hora de contratar ambas partes deben situarse en igualdad de condiciones respetando los principios de buena fe y justo equilibrio.

En cuanto a la elección de este trabajo, es de radiante actualidad puesto que cada vez más afloran los casos de ciudadanos perjudicados por éste tipo de cláusulas contenidas en ciertos contratos. Hoy en día, se establece que todas las cláusulas que formen un contrato deben redactarse con transparencia, claridad, concreción y sencillez. De esta forma, aquellas cláusulas que no fueran conocidas por el consumidor antes de la firma, tendrán calificación de nulas. Así pues, desde el momento inicial del procedimiento, los jueces tienen la obligación de comprobar si pudiera existir alguna cláusula abusiva, en cuyo caso se dará traslado a las partes. Los Tribunales están realizando este control de oficio en relación a determinadas cláusulas, por ejemplo, las relativas a intereses de demora que puedan considerarse abusivos. De esta manera el juez determinará si dicha cláusula afecta o no al elemento esencial del contrato.

La extensión de este trabajo contiene, en primer lugar, una breve referencia al concepto de contrato, nulidad de contratación, ley general de contratación y, la ley general de consumidores y usuarios. A continuación, se explica las cláusulas abusivas referenciando distintos artículos de la LCGC y el TRLGCU, donde diversos preceptos explican el concepto y establecen una serie de requisitos para su identificación. Consideramos importante el desarrollo del art. 82.3TRLGCU. Igualmente, consideramos conveniente incluir un capítulo dedicado al análisis jurisprudencial de distintos supuestos en los que se han visto afectados consumidores por la existencia de este tipo de cláusulas en los contratos. Se estudiarán supuestos que tendrán por objeto contratos de compraventa civil, de prestación de servicios, y seguros, entre otros. Estos supuestos hacen adentrarse al lector en el tema que probablemente le resulte familiar o

conozca supuestos que tengan relación con el asunto. Cabe recalcar que la última parte del trabajo consiste en una breve referencia a las cláusulas suelo. En este análisis también se incluyen casos que cotidianamente siguen afectando a numerosas familias y, donde diversas entidades financieras deben actuar ateniéndose a los principios de buena fe y justo equilibrio para que ambas partes del contrato, se sitúen en las mismas condiciones. Es por ello que, analizaremos estos problemas con el fin de invitar a la reflexión, ya que su mejora en un futuro supondría un avance importante en la esfera de protección de cara al colectivo de consumidores y usuarios para eludir situaciones que pongan en peligro a los mismos.

1. EL CONTRATO

Partimos de la base de que el contrato puede definirse como un acuerdo de voluntades entre al menos dos partes dirigido a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre ellas. Asimismo, el contrato es una de las fuentes de las obligaciones y, conforme al artículo 1089 de nuestro Código Civil español, lo que en ellos se pacta tiene fuerza de ley entre las partes y, debe cumplirse tal y como se haya pactado. La perfección del contrato, de acuerdo con el artículo 1254 CC, existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio¹. Tal y como establece el artículo 1255 CC, *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*.

Por otro lado, los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley tal y como contempla el artículo 1258 CC². Por consiguiente, las fases de formación o perfección del contrato son tres: la generación del contrato (formación de la voluntad), la perfección del contrato (cruce o encuentro de voluntades, “meeting of the minds”) y la consumación del contrato

¹ NAVARRO MENDIZÁBAL, I., *Obligaciones y Contratos*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 234-235.

² *Ibidem*. pp. 238-239.

(cumplimiento, realización de las prestaciones y pago)³. Así también, debemos mencionar cuales son los elementos esenciales del contrato: consentimiento, objeto, causa y a veces forma. La falta de uno de estos elementos esenciales del contrato o la infracción de una norma prohibitiva o imperativa del contrato supone la nulidad del contrato. Por lo tanto, son formas de invalidez del contrato: la nulidad y la anulabilidad.

Cuando un contrato no contiene alguno o algunos de los elementos esenciales del contrato, consideramos que existe nulidad, ya sea relativa o absoluta. Por ejemplo, si Andrés y Miguel suscriben un contrato de compraventa de armas de fuego, este contrato está viciado de nulidad absoluta, ya que la venta libre de este tipo de armas no está permitida y, por lo tanto el objeto de dicho contrato es ilícito y no es susceptible de sanarse. En cuanto a la nulidad relativa, solo puede ser declarada judicialmente a petición de parte y puede subsanarse ya sea por el paso del tiempo o, por ratificación de las partes.

Actualmente, vivimos en una sociedad de mercado donde hay un intercambio masivo de bienes y servicios. Es por ello que, las condiciones generales de contratación vienen representadas por una serie de supuestos: cláusulas, estipulaciones o contenido contractual seguido en los actos en masa por las grandes empresas y potentes suministradores de bienes y servicios.⁴ A modo de ejemplo, la petición de una tarjeta de crédito a cualquier entidad financiera acompaña un clausulado contractual. La entidad financiera predispone o establece unilateralmente el contenido contractual. En cuanto al cliente, tiene la libertad para solicitar o no la tarjeta mediante su firma en el contrato, resultando de aplicación el clausulado contractual a todas las operaciones de tarjeta de crédito asumidas por la entidad financiera, esto es, las condiciones generales de la contratación.

Antiguamente, esta materia no se contemplaba legalmente en el Derecho español, por ello, quedaba reenviada a la doctrina jurisprudencial. La jurisprudencia española recurría a una interpretación progresista del artículo 1288 del Código Civil (“la

³ LASARTE, C., *Contratos, Principios de Derecho Civil*, III, 15ª, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 73-78.

⁴ CARBALLO FIDALGO, M., *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, 2013, pp. 95-96.

interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”). Su finalidad era proteger a los ciudadanos frente a los poderes económicos que preparan y redactan las condiciones generales de la contratación.⁵ El Tribunal Supremo se ha limitado a requerir dos requisitos para dar lugar a la interpretación contra proferentem: *“de una parte, que el clausulado contractual haya sido redactado unilateralmente por el predisponente y, de otra, que sea inherente a la cláusula una oscuridad material claramente favorable para el predisponente”* (SSTS de 18 de mayo de 1954, 4 de noviembre de 1973, 13 de diciembre de 1986.) Por otro lado, para aquellos supuestos en que no quepa la aplicación del artículo 1288 del Código Civil, la jurisprudencia y la doctrina han procurado restablecer la justicia conmutativa basándose en normas generales que excluirán la validez de las condiciones generales de la contratación que fuesen excesivamente onerosas o lesivas para el contratante débil. Así se establece en los artículos 7 y 1258 del Código Civil en cuanto que presuponen y requieren la buena fe en la contratación; el artículo 1256 del Código Civil que prohíbe dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes; y, el artículo 1255 del mismo cuerpo normativo, que imposibilita la exclusión de responsabilidad por parte del redactor de las condiciones generales de la contratación.

No debemos olvidar la relevancia que tienen estas condiciones generales de contratación ya que podemos contemplar su desarrollo en la Ley de Condiciones Generales de Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril). Conforme a su artículo 1:

“1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiéndose sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. El elemento fundamental para su clasificación es que han sido predispuestas e impuestas por una de las partes siendo irrelevante lo demás, aunque pueda servir para su calificación. Por ejemplo, da igual quien haya redactado las cláusulas, pues no es extraño que la empresa que quiere utilizar las condiciones generales de contratación las encargue a un despacho de

⁵ CARBALLO FIDALGO, M., *op. cit.* p.96

abogados para que las redacte. En cuanto a esa imposición y falta de negociación el mismo artículo continúa en el número 2: *“El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.”*

El ámbito de aplicación de esta ley es amplio: *“será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional-predisponente- y cualquier persona física o jurídica –adherente-“* (Artículo 2.1 LCGC). Los requisitos para su incorporación al contrato vienen recogidos en el artículo 5 LCGC y se puede destacar que deben ser aceptadas por el adherente y firmadas por él. Para ello el predisponente ha debido informar expresamente al adherente sobre su existencia, haberle facilitado un ejemplar de las mismas. La LCGC también se refiere a la nulidad en su artículo 8 estableciendo que: *“1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.”*⁶

2. CLÁUSULAS ABUSIVAS:

2.1.DEFINICIÓN LEGAL DE CLÁUSULA ABUSIVA.

El Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios regula las condiciones generales desde la perspectiva de las cláusulas abusivas. Para empezar, deben tratarse de contratos suscritos con consumidores. En los contratos con consumidores, además de que la publicidad se integra en el contrato, se debe otorgar una información previa en aras a lo regulado por el artículo 60: *“Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de **forma clara, comprensible y adaptada** a las circunstancias la **información** relevante, veraz y suficiente sobre las características*

⁶ NAVARRO MENDIZÁBAL, I., *op. cit.* p. 282.

esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo”. Concretando más, el artículo 80, fija los requisitos que deben tener las cláusulas no negociadas individualmente:

“a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. (...)

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.”⁷

No se trata de que el consumidor pueda conocer la cláusula y aceptarla sino de que ésta no genere un desequilibrio entre las partes contratantes. Continuando con los artículos del texto refundido citado, éste califica la cláusula abusiva como una contravención de la buena fe y el justo equilibrio contractual (artículo 82⁸), así como una lista de cláusulas prohibidas contenidas en los artículos 85 a 90 de dicho texto. Dichas cláusulas son abusivas y no cabe prueba en contrario.⁹

Sin más dilación, el artículo 82.4 TRLGDCU establece: “... *son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:*

⁷ NAVARRO MENDIZÁBAL, I., *op. cit.* p. 283.

⁸ Artículo 82 TRLGDCU: “**1.** Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.**2.** El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.**3.** El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

⁹ La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente.

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

Mencionar que el artículo 85.7 prohíbe las cláusulas que supongan la supeditación del cumplimiento de las prestaciones del empresario a una condición cuya realización dependa de su voluntad, “cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme”, en caso de interpretación contraria, no se considerará válida la cláusula en la que el consumidor reconozca la facultad de desvincularse en caso de cumplimiento de la obligación.

Retomando la definición del artículo 82 TRLGDCU, reputa abusivas las cláusulas que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por lo tanto, para proceder a calificar una cláusula como abusiva, necesariamente debe concurrir: **la contravención de las exigencias de la buena fe y la producción de un desequilibrio contractual.**

En cuanto a la buena fe, queda establecido en el artículo 7.1¹⁰ del Código Civil como principio y criterio rector del ejercicio de los derechos. Las exigencias de la buena fe imponen al predisponente un comportamiento objetivamente leal y equitativo con la

¹⁰ Artículo 7.1 CC: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.”

otra parte, quien debe tener presente los intereses para satisfacer al consumidor a la hora de celebrar el contrato. Por ello, se considera contrario a la buena fe, aquellas cláusulas que ignoran el interés de quien carece de influencia real sobre su contenido, frustra sus expectativas y sentido global del contrato. El TJUE, de acuerdo con la Sentencia de 14 de marzo de 2013, el asunto Mohamed Aziz / Catalunya-Caixa, expresa gráficamente la idea sometiendo que esta idea sometida al test de la buena fe a la superación de un *ítem* que coloca el juez en una tesitura próxima a la reflexión ya que debe comprobar si el profesional “podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”.¹¹

Por otro lado, en el segundo parámetro, el equilibrio contractual, el comportamiento del profesional debe cumplir un equilibrio importante entre los derechos y las obligaciones surgidas del contrato. Debemos ponderar en qué medida tales derechos y obligaciones se ajustan a los intereses de uno y otro contratante con la finalidad de expulsar del contrato, aquellas cláusulas que alejan al consumidor del objetivo buscado al contratar. Siguiendo el ejemplo anterior en la buena fe, realizando el test de equilibrio, el término de comparación se encuentra en el derecho dispositivo, integrado por normas legales, usos lícitos y principios generales que, a partir de una ponderación de los intereses en juego, diseña los efectos normales del contrato configurados en el ordenamiento, que las cláusulas no negociadas no deben alterar el contenido del contrato en perjuicio del consumidor. La doble exigencia, buena fe y justo equilibrio, en la noción de cláusula abusiva implica, la aceptación legal tanto de situaciones en que la eventual desigualdad entre partes carece de entidad real como de otras en que el desequilibrio creado no es contrario a la buena fe, al obedecer a razones distintas al puro ánimo del predisponente de maximizar su lucro. El desequilibrio no se basa solo en el concepto del perjuicio económico para el consumidor, tanto individual como colectivo, sino que el control de la equidad debe ser jurídico y debe censurar los supuestos en que la situación respectiva de las partes en relación a la influencia a la hora de redactar las cláusulas. En ocasiones, se produce la admisión de cláusulas derogadas de la norma dispositiva que no contravienen las exigencias de la buena fe, al estar justificadas en causas objetivas

¹¹ CARBALLO FIDALGO, M., *op. cit.* p.97.

tutelables o verse compensadas con el establecimiento de cautelas o el reconocimiento de facultades al adherente que recomponen el equilibrio contractual.

Dentro del mismo texto refundido, encontramos en su artículo 86 la nulidad de las cláusulas que prevean “*la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o incumplimiento defectuoso del empresario*”.¹²

Para valorar el carácter abusivo de las cláusulas en un contrato, debemos aplicar los criterios contemplados en el artículo 82.3 TRLGDUC. Dichos criterios hacen referencia a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes a su celebración, las demás cláusulas contractuales y los eventuales contratos conexos. Tales criterios han de informar la labor de localización del desequilibrio existente, su importancia, su contrariedad con la buena fe o en caso contrario la razonabilidad que excluiría el juicio positivo de abusividad.

Otro punto a tener en cuenta, es la referencia en el artículo 82.3 TRLGDUC a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato. En ocasiones, dentro de los contratos, existen **desequilibrios en la posición respectiva de las partes** dependiendo de las características del bien objeto del contrato y de la naturaleza del servicio ofertado. Por ejemplo, en la contratación de servicios de instalación y mantenimiento de ascensores, muchas veces justifican los dilatados plazos de duración en relación a la importancia de la inversión realizada y la necesidad del arrendador de proceder a la provisión de los medios técnicos y humanos para la prestación de dicho servicio.¹³ En cambio, en el ámbito del transporte aéreo, se ha reputado conforme a derecho la cláusula por la que el transportista se exonera de responsabilidad por los daños ocasionados al equipaje como consecuencia de las tareas de registro y/o inspección. De esta forma, los costes asumidos por las empresas de instalación de ascensores no justifican la inserción de cláusulas penales por desistimiento unilateral del consumidor pactado. En cuanto a la navegación aérea, no legitiman la inadmisión del transporte de objetos inocuos o la exoneración de la responsabilidad de la compañía en supuestos de retraso en los vuelos o la pérdida de enlaces por el viajero.

¹² CARBALLO FIDALGO, M., *op. cit.* p.100.

¹³ SAP Ourense, Civil Sec. 2ª, 22.5.2006; SAP Barcelona, Civil Sec. 19ª, 22.2.2012.

Este precepto que estamos analizando, también contextualiza la cláusula en la situación existente en el momento que se presta consentimiento. El criterio analizado es exclusivamente aplicable al juicio de validez de las cláusulas incluidas en un contrato individual, como medidor del perjuicio sufrido por el consumidor afectado. Dicho análisis consistirá en valorar la tesitura en que el consumidor se hallaba a la hora de consentir, su posición de fuerza y las eventuales presiones recibidas o condicionamientos impuestos por el empresario.¹⁴

Así también, deben ponderarse las exigencias de la buena fe. De esta forma, hay que prestar atención a la fuerza de las respectivas posiciones negociación de las partes, si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor. En cuanto a la posición de las partes en la negociación hay que valorar si el consumidor ha sido inducido por el profesional a consentirla o si el contrato ha sido realizado a petición del consumidor. En relación al primer caso, apreciamos la posible existencia de una práctica comercial engañosa en la captación del consentimiento. Por ello, habrá que valorar la transparencia de dicha cláusula. De acuerdo con la Sentencia de 15 de marzo de 2013 del TJUE, el asunto Jana Perenicová, en el contrato de crédito al consumo de una Tasa de Anual Equivalente (TAE) inferior a la real, **constituye una práctica comercial engañosa** que puede ser ponderada al valorar el carácter abusivo de dichas cláusulas. Por ello, se procederá a la valoración de la iniciativa del consumidor sobre su necesidad y urgencia a la hora de contratar. Además, habrá que tener en cuenta el interés de ambas partes en determinados sectores que, en muchas ocasiones privan al consumidor de la posibilidad de valerse de soluciones alternativas.

Este precepto puede aplicarse al ámbito de las entidades bancarias, analizando la responsabilidad contractual del defectuoso cumplimiento del servicio de inversión por falta a los deberes de diligencia e información. La STS de 18 de abril de 2013, contiene una aportación a la interpretación del caso sobre la gestión de carteras con adquisición por la entidad mandataria de participaciones preferentes de Lehman Brothers. *“A juicio del tribunal, el perfil de riesgo del cliente, que la entidad tiene la obligación legal de averiguar, a través de la preceptiva realización de un test de conveniencia, desempeña*

¹⁴ CARBALLO FIDALGO, M., *op. cit.* pp.104-106.

una función integradora del contenido del contrato, de modo que ha de determinarse con absoluta precisión para valorar la adecuación a aquel de los productos adquiridos y, en consecuencia el correcto cumplimiento por la entidad de sus deberes contractuales.”. La función integradora otorgada por el Tribunal, sirve como instrumento de **ponderación de la transparencia** ofrecida por el clausulado contractual. De esta forma derivará la nulidad contractual por falta de transparencia de las cláusulas definatorias de los rasgos esenciales de los productos financieros adquiridos con repercusión sobre la validez del contrato en su conjunto. La norma ordena la ponderación de las circunstancias en el momento de celebración del contrato. Por ello, se declararán nulas aquellas circunstancias que se verifiquen con posterioridad a la estipulación. También se tendrá en cuenta el comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato o en el momento de reclamar su cumplimiento y, en caso de ser contrario a la buena fe y por eso considerarse abusivo.¹⁵

Por último, el artículo 82.3, finaliza de la siguiente manera: “todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”. De este modo, para poder apreciar la existencia de desequilibrio, atenderemos a la posición recíproca de las partes. A la hora de interpretar las cláusulas contractuales, en muchas ocasiones se genera un desequilibrio más acentuado debido a otra cláusula o cláusulas de contraste confirmando la nulidad del conjunto. En los supuestos en que la compensación deriva del mantenimiento por las cláusulas en juego de la simetría entre cargas y/o facultades de las partes. Así, el otorgamiento al empresario de una facultad de resolución unilateral, puede verse recompensado por el reconocimiento al consumidor de una facultad idéntica. Esa simetría, puede llegar a convertirse en una “trampa” para el consumidor al distorsionar la información ofrecida, transmitiendo una falsa convicción de equidad irrealizable en la práctica.¹⁶ Por otro lado, existe el riesgo de nulidad de la cláusula de prórroga tácita de un contrato si el consumidor no lo denuncia en determinado plazo y se gravaría al profesional en caso de no avisar al consumidor de la proximidad del plazo y de las consecuencias del silencio. En muchas ocasiones, la abusividad de una cláusula deriva de la incidencia que sobre ella ejercen otra u otras

¹⁵ CARBALLO FIDALGO, M., *op. cit.* pp. 107-108.

¹⁶ STS Civil Pleno, 9.5.2013: “*la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo*”.

materialmente independientes. Retomando el ejemplo de los ascensores, las cláusulas de prórroga automática en los contratos de instalación y mantenimiento de ascensores, su nulidad trae como causa la distancia temporal existente entre el preaviso de denuncia del contrato, la fecha de finalización incidentalmente pactada, la facultad del empresario de variar unilateralmente el precio y las desproporcionadas cláusulas de penalización por incumplimiento previstas a cargo exclusivo del consumidor. El precio fijado en el contrato como contraprestación del bien o servicio se descarta a la hora de valorar la equidad o iniquidad de las cláusulas definitorias de las facultades, deberes y gravámenes de las partes no integradas en las prestaciones características. La justicia contractual no está en el mercado, de esta forma no ha de ser mayor su exigencia por ser mas alto su precio pagado ni debe desproteger a quien paga menos por un bien o servicio análogo.

2.2 LA TRANSPARENCIA COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA.

Cuando valoramos una cláusula, conforme al artículo 83.2 TRLGDCU, debemos tener presente “todas las circunstancias concurrentes” en el momento de celebración del contrato y si se cumple o no, el deber de transparencia en la presentación de las cláusulas contractuales. Cualquiera que sea la conclusión del contrato, se debe facilitar previamente al consumidor el íntegro contenido de las condiciones a las que se adhiere, y también, el presupuesto físico o material ineludible para su posible conocimiento. Las cláusulas facilitadas han de estar redactadas de forma clara, concreta, legible y comprensible. En los términos acotados por el artículo 8 LCGC, las cláusulas no incorporadas son expulsadas pura y simplemente del contrato, sin que su nulidad de pleno derecho impida la conservación de aquél, en la medida que pueda subsistir sin ellas. También, se prohíben aquellas cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el propio contrato. Al margen de estos supuestos, también debemos tener en cuenta factores ligados a la conclusión del contrato, la presentación del documento contractual y la naturaleza del tipo contractual en causa.¹⁷

Resulta curioso hacer mención a la STS de 27 de diciembre de 2001 que declara nula la cláusula de sumisión expresa que “*no aparece destacada en el <<contrato de venta>>*”

¹⁷ CARBALLO FIDALGO, M., *op. cit.* pp. 110-111.

suscrito por la codemandada, sino incluida como un inciso de otra frase más extensa y expresiva de otros aspectos del contrato que facilita, unido al pequeño tamaño del tipo de letra empleado, en gran medida que la misma pase desapercibida para el consumidor”.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS:

A continuación, se procede a incardinar una serie de pronunciamientos judiciales dictados por el Tribunal Supremo, en los que se dirime un eventual cumplimiento o no de los requisitos contenidos en el artículo 82.4 TRLGCU, y también contemplados en otras disposiciones del mismo cuerpo normativo.

3.1 FALTA DE TRANSPARENCIA

3.1.1. Se examina una falta de transparencia en la resolución del recurso de casación 485/2012 a la sentencia número 241, de 9 de mayo de 2013. La presente sentencia hace referencia a la licitud de las condiciones en las que se observa especial transparencia exigida en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de contratos celebrados con consumidores.

A la hora de formar el juicio de valor, debe tenerse en cuenta las distintas circunstancias que determinen si dichas cláusulas son consideradas transparentes o no, a fin de calificar los efectos de las mismas como abusivas.

Asimismo, debe considerarse el conocimiento de la cláusula, su trascendencia y su incidencia en la ejecución del contrato para que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado correctamente. Por otro lado, sería un supuesto de falta de transparencia y cláusula abusiva, la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza. En ocasiones, puede suceder que el hecho de que una cláusula haya sido beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo, no significa que la misma sea transparente ni tampoco hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor. La cláusula tiene la finalidad de proteger los intereses del prestamista.

En el presente recurso de casación¹⁸, el Tribunal Supremo asienta en el apartado 7 del fallo los motivos por los que cobra sentido la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, contenidas en las Condiciones Generales de los contratos suscritos en los apartados número 3, 4 y 5 contempladas en el antecedente de hecho número 1 de esta sentencia. Estos motivos, son considerados no transparentes por:

- *“La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.*
- *La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- *La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.*
- *Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por la entidad financiera.*
- *La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.*
- *Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.”*

En adición a lo anterior, se puede apreciar el juicio de transparencia por parte de la Sala que la sentencia proclama la licitud de las cláusulas suelo **condicionada a que se observe la especial transparencia** exigible en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores.

A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo, queda patente que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en consideración para conformar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de

¹⁸ Recurso de Casación núm. 485/2012

cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo.

También se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que **el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios.** Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas.

Igualmente, la sala hace referencia a las cláusulas abusivas eventualmente no lesivas. En este asunto, la Sala considera que: *“La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito”.*

Por último cabe señalar que: *“el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado **beneficiosa** para el consumidor **durante un periodo de tiempo no la convierte en transparente** ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor, ya que, como hemos indicado, la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia.”*

3.1.2. La siguiente sentencia del Tribunal Supremo número 401, de 1 de julio de 2010, hace alusión, dentro del ámbito de los contratos de seguro, a la aplicación de cláusulas abusivas no esenciales. Dichas cláusulas tienen por objeto la **insuficiencia de información y la falta de transparencia determinante de un desequilibrio perjudicial para el consumidor y la falta de identificación del acceso a la información complementaria y gratuita necesaria para la toma de sus decisiones.**

Poniéndonos en antecedentes para este supuesto, la STS de 9 de noviembre de 1990, rechaza la desproporción del valor de rescate por encontrarse fuera del juicio de abusividad. A pesar de la decisión del juez, la apelante motiva en uno de sus documentos aportados que: *“durante las dos primeras anualidades la penalización por el rescate, ni siquiera garantiza la recuperación total del capital aportado, de manera que entiende los apelantes que se trata de una sanción exagerada por rescate”*. Por ello, la parte apelante alude un carácter abusivo porque existen operaciones y conocimientos que la demandada no exterioriza de manera que pueda ser conocida y controlada por la otra parte. Es por ello que, se origina una desinformación que debe rechazarse, mereciendo en consecuencia la consideración de abusiva.

Mantener que, cuando las cláusulas abusivas **no afectan de forma de forma sustancial** al equilibrio diseñado por las partes, la validez y conservación del contrato por un lado, y la nulidad de las cláusulas abusivas por otro, no ofrece especiales dificultades a nivel dogmático, al regir la regla **"utile per inutile non vitiatur"**. La sentencia número 832/2008, de 22 de diciembre (RJ 2009, 163), afirma que: *“La jurisprudencia, en efecto, con arreglo al aforismo utile per inutile non vitiatur (la parte útil no resulta viciada por la inútil), declara que en aquellos casos en los cuales el contrato o el acto jurídico contiene algún acto contrario a la ley, pero consta que se habría concertado sin la parte nula (cosa que no ocurre cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes, principio que se recoge en el artículo 10 LCU), procede únicamente **declarar su nulidad parcial**”¹⁹*

A parte de la Jurisprudencia, el apartado 2 del artículo 10. bis introducidos por la *Disposición Adicional 1.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril*, señala: **“Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil (LEG 1889, 27) y al principio de buena fe objetiva [...]. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato”**.

En el marco jurídico del TRLCU de 16 de noviembre, se establece en su artículo 83.2:

¹⁹ *“SSTS de 17 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7293) , 22 de abril de 1988 (RJ 1988, 3275) , 15 de febrero de 1991 , 23 de junio de 1992 (RJ 1992, 5468) , 18 de marzo de 1998 , 25 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6577) , rec.4815/1999”*.

*“el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una **situación no equitativa** en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez **declarar la ineficacia del contrato**”.*

Por último, el TJUE se ha pronunciado respecto de la abusividad de las cláusulas y estipulaciones de los contratos en el marco de los consumidores y usuarios. La Directiva 93/13/CEE sigue idéntico criterio, al disponer en el artículo 6.1 que: **“Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.**

Ante la incapacidad del mercado para expulsar con carácter definitivo cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores, el TJUE declaró la posibilidad de control de oficio, sin necesidad siquiera de denuncia de parte, en la sentencia de 27 de junio de 2000 (TJCE 2000, 144) en los asuntos acumulados C-240/98 , C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, Océano Grupo Editorial, SA, contra Martina y otros razona que: El objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva , que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, **no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas.** La facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto: *“para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva **-impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-**, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7 , ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”.* Es más, la protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, consiste en que el Juez nacional puede: *“apreciar de oficio el carácter*

abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido...”.

Cabe añadir que la sentencia de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009, 155), en la cuestión prejudicial en el asunto C-243/08 (Pannon GSM Zrt contra Erzsébet Sustikné) no solo permite, sino que **impone el examen de oficio de la abusividad**: El juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el derecho comunitario atribuye al juez nacional la obligación de examinar de oficio la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual.

En adición a lo establecido en la sentencia, conviene señalar cuando el **abuso afecta a cláusulas esenciales y definatorias del equilibrio contractual**, a la “economía del negocio”. De acuerdo con la Directiva 93/13/CEE, del Consejo , el considerando 19 señala: *“la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador **no son objeto de dicha apreciación**, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”.*

Por lo que respecta al artículo 4.2 de la referida Directiva 93/13/CEE: *“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, **siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible**”.*

Por otro lado, se establece la posibilidad de control de abusividad de cláusulas relativas al objeto principal del contrato. En el ámbito fuera de la Unión Europea, los Estados de la Unión no tienen obligación de controlar del carácter abusivo de las cláusulas claras y comprensibles pero esto no significa que en España no sea posible.

La sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, en el asunto C-484/08, afirma que los límites al control de abusividad impuestos por la Directiva son **límites mínimos** y, “en

respuesta a una cuestión prejudicial planteada por esta Sala, la Directiva no puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

Indicar que nuestra norma nacional no ha traspuesto el artículo 4.2 de la Directiva, y es por ello que, **no diferencia las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y contrapartida por un lado, y la cláusulas con otro contenido por otro.** Tal y como afirma la referida sentencia de 3 de junio de 2010 del TJUE, “los órganos jurisdiccionales nacionales pueden apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, **el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente,** que se refiera en particular al **objeto principal de dicho contrato,** incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido **redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”.**

Por ello, entendemos que al no existir control por parte de los tribunales se debería rechazar el motivo por no existir obstáculo al control por los Tribunales del carácter abusivo de las condiciones generales, aunque se refieran al objeto principal del contrato, singularmente cuando no son claras y comprensibles, y en el caso enjuiciado la insuficiencia de información y la falta de transparencia, es determinante **de un desequilibrio perjudicial para el consumidor y, en su consecuencia, de su carácter abusivo.**

La suficiencia e integridad de la información supone un juicio casuístico que hay que poner en relación, con la materia sobre la que recae, pero *“cuando es por escrito y se pretende la idoneidad de información complementaria, exige cuando menos que en el propio documento se identifique de forma clara, comprensible y permanentemente accesible gratuitamente para el consumidor la posibilidad de acceder a toda la disponible razonablemente necesaria para la toma de decisiones con conocimiento de causa, ya que en otro caso se hurta al mismo aquella información y se le sitúa en posición de desventaja”.*

Prosiguiendo con la sentencia del TJUE extraemos que no se indica los criterios ni los medios adecuados (resolución, reducción o rescate) para comprobar el carácter

perjudicial o no de las opciones que se le ofrecen. Por ello, estas circunstancias contrastan con informaciones precisas y objetivas, con la finalidad de que el tomador del seguro pueda, por una parte, *“elegir entre los distintos productos el que mejor se ajuste a sus necesidades”* y, por otra, *“valorar concretamente las posibles consecuencias desfavorables de la resolución, reducción y rescate de un contrato de seguro, así como apreciar si, en definitiva, tales consecuencias pueden compensarse con las ventajas que se derivan de la celebración de un nuevo contrato”*. Teniendo en cuenta estas circunstancias, se señala que resulta más apta para disuadirle de poner término al contrato en período de vigencia, mientras que, en realidad, la celebración de un nuevo contrato podría resultar ventajosa.

La sentencia citada se refiere a la norma nacional que **en los términos en que estaba formulada exigía una información imprecisa susceptible de influir en el comportamiento económico de los consumidores.**

Concluyendo, la sentencia declara *“la abusividad de las condiciones por no facilitar información necesaria para la comprensión de los elementos básicos del contrato, se beneficiaría de la excepción prevista por el número 3 del artículo 31 de la referida Directiva 92/96/CEE”*.

3.2 FALTA DE INFORMACIÓN

3.2.1. La Sentencia número 886, de 12 de diciembre de 2011, pone de manifiesto la existencia de cláusulas abusivas en los contratos realizados en el ámbito del transporte aéreo, puesto que los cargos por emisión de billetes en la contratación electrónica no constituye contraprestación del transporte, sino de los servicios prestados por la transportista para hacer posible su contratación. Asimismo, alude al incumplimiento del deber de información precontractual, esto es la falta de acreditación de que la consumidora, a su vez parte demandante, hubiera aceptado contratar por el procedimiento elegido con pleno conocimiento previo de que el mismo implicaba un aumento de lo que, como contraprestación total, debía abonar a la transportista entre otras.

Puede observarse de este dictamen que la declaración de nulidad se aprecia por ser abusiva a la luz del artículo 89.3 y 5 del TRLGCU, sosteniendo que: *“la cláusula no negociada individualmente en cuya aplicación la demandada había incrementado en*

*una pequeña cantidad la contraprestación a cargo de la demandante, como compradora de un billete de avión por vía electrónica, en concepto de " cargo de emisión ", a cambio del servicio ofrecido por la porteadora a los clientes que **hubieran optado por utilizar dicho medio para contratar, en lugar de hacerlo por alguno de los otros disponibles.**"*

A dicho cargo correspondía la imposición de los “*gastos de documentación y tramitación del contrato*”, cuando el artículo 3 del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 establece que quien debía soportarlos era la transportista. También, se le imponía un incremento del precio por causa de unos servicios accesorios que no correspondían con “*prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresado con la debida claridad o separación*”.

En la actualidad, tal y como percibimos fruto de las transacciones comerciales realizadas en nuestro sistema económico, el precio de los bienes y servicios contratados es el que las partes acuerdan libremente, en ejercicio de su autonomía de voluntad y de la libertad de gestionar su propia empresa. En cuanto al sistema contractual, éste se basa en el reconocimiento de la potencialidad normativa creadora de los particulares tanto para celebrar el contrato como para determinar su contenido de acuerdo con el artículo 1255²⁰ del Código Civil.

Es desdeñable resaltar que nos encontramos ante una cláusula predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos por una de las partes y siendo la otra un consumidor. De acuerdo con el precepto mencionado anteriormente, el artículo 1255 CC, el ejercicio de la autonomía de la voluntad está sometido a límites que pueden alcanzar a los elementos esenciales del contrato. Y, también, referido a la libertad de empresa, conforme a preceptos de la Constitución Española, “*viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad*”²¹.

Retomando lo acometido por el recurso interpuesto, resulta inexacto desde el punto de vista económico y contractual que se equipare el cargo de emisión al precio de

²⁰ Artículo 1255 CC: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*”

²¹ STC 37/1981, de 28 de noviembre (RTC 1981, 37)

transporte ya que la recurrente distingue entre el cargo por emisión del billete de la tarifa aérea. Además, se denuncia la infracción del artículo 10 bis LGDCyU ya que: *“el Tribunal de apelación había desatendido el mandato contenido en las mencionadas normas, en cuanto que de ellas resulta, según entiende, que los elementos esenciales de los contratos - como es el precio en el de transporte - aunque estén establecidos en cláusulas que no hubieran sido negociadas individualmente, no admiten control de validez.”*

La LCGC, excluye a aquellas cláusulas que se refieran “a la definición del objeto principal del contrato” o “a la adecuación entre precio y retribución” y “los servicios y bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”. El artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE dispone que: *“los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva **disposiciones más estrictas** que sean compatibles con el Tratado, con el **fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección**”²².*

Conforme al precepto mencionado anteriormente, artículo 10 bis de la LGDCyU, se consideran abusivas las cláusulas o estipulaciones que se impongan al consumidor sobre los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario. La recurrente alega este carácter abusivo porque el cargo de emisión no constituía un gasto de documentación del contrato y no hay ley imperativa que ponga el mismo a su cargo. Sin embargo, el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 señala que: los gastos de documentación: *“obligan al transportista a entregar el billete de pasaje a la otra parte del contrato, pero no le imponen soportar los gastos de la tramitación y documentación del contrato o los que a ellos sean equiparables”*.

Continuando con el análisis del artículo 10 bis de la LGDCyU, según dicha regla tienen la condición de abusivas: *“las cláusulas o estipulaciones por las que se impongan al consumidor incrementos de precio por servicios accesorios que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”* y que no se había tenido en cuenta que: *“el servicio causante del cargo no era accesorio, sino que estaba inseparablemente ligado a la prestación principal asumida por ella como transportista*

²²STJUE de 3 de junio de 2010 – C- 484/08.

y, en todo caso, que el cargo de emisión se hallaba expresado de forma perfectamente clara y separada, tal como exigían las normas que considera indebidamente aplicadas”.

Finalmente, el recurso es rechazado dado que el cargo de emisión del billete no constituyó contraprestación del transporte sino de servicios prestados por la transportista para hacer posible su contratación. De igual modo, se incumple el deber de información y transparencia al consumidor teniendo un conocimiento previo a la celebración del contrato de que ***“la elección de la vía electrónica para su perfección le generaba un cargo por los servicios necesarios para alcanzarla, con el fin de que pudiera tomar oportunamente la decisión de desistir y, en su caso, de elegir otro procedimiento para adquirir el derecho a ser transportado”.***

3.3 VINCULEN A LA VOLUNTAD DEL EMPRESARIO.

3.3.1. La presente sentencia número 476, de 3 de julio de 2013, tiene como objeto una compraventa civil de viviendas en construcción en el plazo de 30 meses desde la fecha de concesión de la licencia de edificación. La controversia surge al no entregar las viviendas en cuestión por parte del vendedor, suscitándose también con motivo de las prórrogas de los términos expresados en el contrato y, efectuadas por la promotora. De nuevo se señala que conforme a la LCGC y al TRLGCyU la cláusula estipulada en el contrato es abusiva por establecer un plazo confuso.

La parte demandante instó la acción de nulidad y subsidiariamente la resolución de dicho contrato de compraventa cuyo contenido aludía en su estipulación cuarta: Estipulación cuarta.- *“ La entrega de las llaves de la vivienda que se trasmite, se efectuará en el plazo de entre 25 y 30 meses a partir de la fecha de concesión de la Licencia de Edificación. Se entenderá concedida **una prórroga expresa, por plazo de seis meses, si la obra no se hubiese concluido en tal fecha”.***

En este sentido, se continua haciendo hincapié en el estipulando noveno del negocio jurídico en cuestión: *“... **No existirá causa de resolución en el caso de que la demora en la entrega de la vivienda fuese debida a retraso en la obtención de las licencias o autorizaciones administrativas o enganches de las compañías suministradoras, siempre que las obras estuvieran concluidas dentro del plazo estipulado o su prórroga “.***

Paralelamente, se han producido supuestos de hecho similares al que es objeto del presente análisis, existiendo resoluciones en este aspecto como lo es la sentencia de 21 de marzo de 2013 en la que se declaraba que: *“En la cláusula novena se estableció que “transcurrido el plazo de entrega de llaves y su prórroga, la parte compradora podrá dar por resuelto el presente contrato, sin otro requisito que notificar fehacientemente a la vendedora, su decisión de resolver, viniendo ésta obligada a reembolsarle las cantidades efectivamente entregadas a cuenta”*. De esta forma, podemos apreciar que se pactó la procedencia de la resolución aun cuando el retraso fuera por causas ajenas a la voluntad de la vendedora o fuerza mayor, y, aun es más, la sentencia continua estableciendo que: ***“No existirá causa de resolución en el caso de que la demora en la entrega de llaves fuese debida a retraso en la obtención de las licencias o autorizaciones administrativas o enganches de las compañías suministradoras, siempre que las obras estuvieran concluidas dentro del plazo estipulado o su prórroga”***.

Por ello, siguiendo a la Sala, debemos: ***“declarar abusivas, por indeterminadas y desproporcionadas en perjuicio del consumidor las cláusulas que establecen un plazo confuso para la entrega de la obra, adornado de todo tipo de exoneraciones en beneficio del promotor y vendedor, de tal manera, que el comprador no sabe cuándo está obligado el vendedor a entregarla (art. 10 bis Ley General de Consumidores y Usuarios , vigente en la fecha del contrato).”*** Además, de acuerdo con la sentencia mencionada anteriormente de 21 de marzo de 2013, “el plazo para la entrega, se ha de computar, una vez se tiene por no puesta la cláusula abusiva, en treinta meses (tesis más favorable a la vendedora) sin computar ,eso sí, la prórroga e iniciando el cálculo temporal desde la concesión de lo que el contrato denomina concesión de la licencia por silencio administrativo, estaríamos en la fecha de 3-2-2006 y los treinta meses terminarían el 3-8-2008.

Concluyendo, desde la obtención de la licencia el 15 de febrero de 2009, transcurre injustificadamente un exceso de plazo y, conforme al artículo 1124 CC, incumplido el plazo de entrega se procede a acordar la resolución del contrato. Así mismo el Tribunal declara la **resolución del contrato** de compraventa de vivienda el día 22 junio de 2006 **por causa del incumplimiento contractual imputable a la vendedora codemandada.**

3.3.2. Resulta llamativa la sentencia número 545, de 24 de septiembre de 2013, en la que en el contrato de prestación de servicios entre dos sociedades se incluía una

cláusula de renuncia de futuras reclamaciones tanto judiciales como extrajudiciales, así como una cláusula de exoneración de responsabilidad típica de estos acuerdos de función “transaccional y liquidatoria”. Pues bien, conviene destacar las siguientes estipulaciones:

-En la quinta refiriéndose al concepto de honorarios, se pone de relieve que: *“el 12% del coste total de cada promoción que se desarrolle, que será el resultado de aplicar el precio, módulo en vigor en el momento de la calificación de las viviendas de VPO al número total de metros cuadrados útiles construidos en régimen de VPO a lo que habrá que **incrementar** el Impuesto sobre el Valor Añadido al **tipo correspondiente**”;*

-En la estipulación sexta referente al pago de los honorarios en donde se sostiene que: *“el pago de honorarios se realizará como pago por la gestión necesaria para la construcción y entrega de viviendas de VPO y VPP a los socio (...), por lo que la **prestación** del mencionado **servicio**, objeto de este contrato, solo se **perfecciona** en el **momento de la entrega de las viviendas a los socios**, lo que supone que cualquier pago realizado por PLATINUM al equipo Gestor tendrá siempre carácter de anticipo a cuenta.”;*

La séptima correspondiente a la plasmación de qué sucedería en caso de resolución: *“la resolución del contrato por parte de la Cooperativa supondría el pago íntegro de las cantidades pendientes de pago en dicho momento al Equipo Gestor, en concepto de daños y perjuicios”*. Por último, la estipulación novena sobre los gastos derivados del incumplimiento: *“todos los gastos derivados del incumplimiento de lo pactado serán abonados por aquella de las partes incumplidora del mismo; incluidos los necesarios para las reclamaciones extrajudiciales y judiciales de los daños y perjuicios derivados del citado incumplimiento.”*

Tras la valoración por parte del tribunal del contenido de las anteriores estipulaciones y al haber recurrido una de las partes en apelación, el TS condenó a la otra parte al pago de una suma determinada de dinero señalándose en la sentencia: *“no hay nulidad de la cláusula de renuncia por abusiva, por la naturaleza transaccional del acuerdo y que no hay una auténtica renuncia de derechos, y que no ha sido objeto de apelación la desestimación de la pretensión de nulidad por vicio en el consentimiento.”*

Respecto al presupuesto de congruencia de la resolución judicial se requiere que se realice: “con cierto grado de flexibilidad bastando que se de la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte.”²³. En esta línea, y en términos generales, también hay que señalar que: “*las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales*”²⁴. *La incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), en relación con el principio de iura novit curia, se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones*”²⁵. Del mismo también conviene destacar que es doctrina jurisprudencial que **no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede, razonablemente, interpretarse como una desestimación implícita de la pretensión planteada.**” El Tribunal considera que la sentencia recurrida no incurre en el vicio de la incongruencia omisiva, ya que resulta congruente en cuanto que realiza un correcto ajuste o adecuación entre los términos en que la partes han deducido sus pretensiones y la parte dispositiva de la resolución judicial. Así mismo la sentencia expresamente precisa que: “*la pretensión de la actora relativa a la nulidad del acuerdo de resolución por error en el consentimiento no ha sido estimada o acordada por la Sentencia de Primera Instancia, ya que de oficio se declara la nulidad, no del acuerdo, cuestión que se derivaría de la nulidad por vicio del consentimiento, sino de la cláusula de exención de responsabilidad por su consideración de abusiva, conforme a la aplicación del apartado segundo del artículo 10 de la LGDCU*”²⁶.

No obstante, la sentencia continua precisando que no se aplicará la Ley General de Consumidores y Usuarios ya que la Sentencia de Apelación declara: “**el carácter no abusivo de dicha cláusula en el contexto del acuerdo de resolución.** En efecto, el acierto de la decisión se corresponde con el contraste o control de abusividad que debe realizarse en el presente caso. Así, en primer término, y en contra de lo alegado por la

²³ STS de 4 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7454)

²⁴ SSTS de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7876) y 5 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1366).

²⁵ SSTS de 6 de octubre de 1988 (RJ 1988, 753) y 1 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7750)

²⁶ (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)

parte recurrente, la cláusula objeto de análisis, no se encuentra entre las cláusulas típicas que expresamente sanciona la LGDCyU como cláusulas abusivas en aplicación directa de esta Ley, artículos 85 a 90, particularmente las referidas a la limitación de los derechos del consumidor y usuario , artículo 86, números 5, 6 y 7, por la razón de que la **exoneración** de responsabilidad no se establece de forma unilateral para una de las partes, sino **bilateralmente** para ambas. En segundo término , dada la inaplicabilidad directa de ley respecto de las cláusulas típicas previstas, porque del **necesario control de abusividad** que se realiza del acuerdo tampoco se desprende dicho carácter atendidos sus criterios delimitadores, esto es, al **principio de buena fe y su proyección en el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes** (también denominado principio de justo equilibrio de las contraprestaciones). El orden lógico-jurídico es el siguiente:

i) Las partes, **de común acuerdo y de buena fe**, pueden **dar por extinguida su relación obligatoria acudiendo a negocios extintivos o acuerdos de resolución.**

ii) Las **cláusulas de exoneración de responsabilidad** en favor de ambas partes constituyen una estipulación típica de estos negocios o acuerdos de resolución, particularmente cuando responden a una función transaccional y liquidatoria de la relación negocial antecedente.

iii) Fiel a las anteriores premisas, en el presente caso se prueba la voluntariedad del acuerdo, con su posterior ratificación, la **bilateralidad de la cláusula de exoneración**, la función transaccional del acuerdo y el ámbito liquidatorio de la relación negocial que les unía y, en consecuencia, **su carácter no abusivo por no comportar una renuncia unilateral y abstracta de los derechos de una de las partes.”**

Para finalizar, respecto a la aplicabilidad de la LGDCyU señalamos que en el presente caso no se dan los presupuestos de aplicación que se derivan del propio concepto de la cláusula abusiva. La cláusula de exoneración se considera que fue incluida como estipulación integrada, y con independencia de quien fue el autor de la misma, no fue redactado con la finalidad de ser incorporado a una pluralidad de contratos, como propia y material condición general de la contratación, de forma que se estableció una clara función negocial del mismo, con ratificación incluida, que le excluye del concepto de condición general de la contratación, artículos 1 , 10 bis 1 de la LCGC (RCL

1998, 960) y 82.1 de la LGDCU . La sentencia añade que: *“el control de abusividad sólo es posible para la contratación seriada predispuesta por un profesional en su relación con los consumidores, de cuyo entendimiento quedan excluidas las personas jurídicas”*.

3.4 DETERMINEN LA FALTA DE RECIPROCIDAD EN EL CONTRATO

3.4.1. Es en la STS número 842, de 25 de noviembre de 2011, donde se analiza un supuesto de **compraventa civil** en el que existe la obligación por parte del comprador de realizar el pago acordado con la improcedencia de la existencia de una cláusula contractual abusiva a la luz del artículo 10.1 bis de la Ley General de Consumidores y Usuarios. La cláusula impuesta al comprador, no fue negociada individualmente y, tampoco se informó sobre la generación del impuesto que beneficia al vendedor transmitente. Este supuesto se corresponde, conforme al art. 82.4 c), con la falta de reciprocidad en el contrato ya que el vendedor es quien percibe el aumento de valor del inmueble, produciéndose de esta forma, un desequilibrio contractual en el comprador. Es por esto que esta estipulación se considera nula y convierte en indebido y restituible aquello pagado por el comprador.

El TS entra a analizar la validez o nulidad por abusiva de una cláusula incorporada a un contrato de compraventa de vivienda que obliga al comprador y que, en caso de incumplimiento, el consumidor debe pagar el impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos. Don Pablo y Doña Felisa, demandan a la entidad CUYBAL PROMOCIONES, S.A. solicitando la nulidad de la cláusula 4ª del contrato de compraventa celebrado entre ambas partes, en la que se obligaba al pago del impuesto de plusvalía por parte de los compradores.

La Sentencia de 30 de diciembre de 2008 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, declara: *“la nulidad por abusiva de la cláusula cuarta del contrato de compraventa referido en la demanda y suscrito entre dichas partes en cuanto al extremo en el que se impuso la obligación a los compradores del pago de la plusvalía, condenado a dicho demandada al reintegro a los actores de los 995,02 euros (novecientos noventa cinco euros con dos céntimos) abonados por tal concepto, con los*

intereses legales desde la interpelación judicial.”²⁷

En el contrato, desde el principio, no se ofreció la información de manera completa a los compradores. De hecho, en dicha compraventa no aseguraba que generaría el impuesto de plusvalía cuando realmente el vendedor conocía que era así. Los compradores podían aceptar la condición o desistir de la compra. La vendedora impuso el pacto bajo la fórmula “take it or leave it” la cual queda fundamentada en la aplicación del artículo 10 bis de la LGDC y U : “1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones **no negociadas individualmente** y todas aquellas prácticas **no consentidas expresamente** que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, **un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato**. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.”

A pesar de la redacción del artículo citado, el TS desestima el motivo teniendo en cuenta el objeto de debate. Esto es así porque: “*la sentencia recurrida no niega la doctrina jurisprudencial que, con base en los artículos 1255²⁸ y 1455²⁹ del Código Civil , reconoce la validez del pacto que deriva el pago del Impuesto de Plus Valía del vendedor al comprador. Lo que la sentencia recurrida sienta es que dicho pacto es nulo*

²⁷ Sentencia de 30 de diciembre de 2008, Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo. SAP Oviedo de 30 de diciembre de 2008.

²⁸ Art. 1255 CC: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”.

²⁹ Art. 1455 CC: “*Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente*”.

cuando, por abusivo, contradice la normativa de consumidores -arts. 10 bis de la LGDC y U, y 5.3 del Rd. 515/89, como Derecho vigente al tiempo del contrato-. Y esta postura no es contraria a las Sentencias que se citan, ni a otras varias que aluden a cuestiones relacionadas con el pacto”.

El tribunal justifica la desestimación al distinguir que: *“una cosa es la validez del pacto con carácter general (art. 1255 y 1455 CC³⁰) y otra distinta su posible nulidad a la luz de la normativa especial relativa a la protección de los consumidores; y por todo lo razonado el motivo decae.”*

En adición a lo anterior, el Tribunal considera abusiva a los efectos del art. 10 bis: *“la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional” (actualmente recogida en el art. 89 del texto refundido de la LGDC y U de 2007) esta Ley de refuerzo y mejora de la protección de los consumidores no tiene carácter retroactivo, por lo que su aplicación habría sido contraria a la prohibición de la retroactividad del art. 2.3 del Código Civil. Sin embargo, la sentencia recurrida no la aplica directamente, ni siquiera le reconoce carácter interpretativo, que obviamente no tiene, y tan es así, que, de haberlo entendido de otro modo, debería haberla aplicado directamente, pues la prohibición de retroactividad del art. 2.3 CC no afecta a las normas interpretativas o aclaratorias, como tiene reiterado la doctrina de esta Sala.”*

Por tanto, la controversia se reduce a si **conforme a la legislación de consumidores vigente al tiempo del contrato debe calificarse o no de abusiva la cláusula de un contrato de compraventa en la que se establece que el comprador**, cuya condición de consumidor no se discute, **tiene la obligación de pagar el impuesto de plus valía**. El apartado 1 del párrafo 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio, establece que: *“se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.*

Los compradores, a pesar de manifestar su discrepancia a la estipulación no negociada individualmente, no tuvieron otro remedio y tuvieron que aceptar la condición o desistir de la compra, con los consustanciales inconvenientes, lo que revela que se trató de una

cláusula impuesta. Reiteramos la falta de reciprocidad en el contrato porque podemos apreciar la falta de buena fe cuando el vendedor no ofrece desde el inicio una completa información a los compradores y en la escritura de compraventa no da como seguro que se generaría el impuesto de plusvalía, cuando la vendedora forzosamente tenía que conocer que así era. Esta conducta no se ajusta a la lealtad y confianza que se exige en los contratos entre constructor y consumidor. De esta forma, existe un desequilibrio contractual porque en el impuesto de que se trata sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana el sujeto pasivo es el transmitente, quien percibe el aumento del valor -mayor valor adquirido por el inmueble- y como tal beneficiario está obligado al pago; sin que tal plusvalía genere beneficio alguno para el comprador, que se ve obligado a responder de una carga económica sin ninguna contraprestación o contrapartida por parte del vendedor. Por lo tanto el Tribunal considera que: *“al tratarse de una estipulación no negociada individualmente que limita los derechos de los consumidores recibe la sanción de la nulidad que le impone el art. 10 bis de la Ley 26/1984 y que convierte en indebido y restituible lo pagado por el consumidor por el concepto de que se trata, referido al Impuesto de Plusvalía”*.

Finalmente, en esta sentencia, el Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por la representación de la entidad CUYBAL, S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo el 30 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 113814) , en el Rollo número 438 de 2008 , y condena a la parte recurrente al pago de las costas causadas.

3.5 FALTA DE BUENA FE

3.5.1. El presente auto de la sentencia número 501, de 3 de junio de 2008, corresponde a la interposición del recurso de casación número 271/2001 frente a la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana de 10 de octubre de 2000. La resolución hace referencia a la compraventa de una vivienda entre la entidad PROINPIR, SL y Doña Daniela. Se solicita la formalización del contrato de compraventa relativo a dicho inmueble, la indemnización de los daños y perjuicios como consecuencia de la negativa formalización del contrato de compraventa, la entrega de la cantidad en concepto de señal y las costas derivadas del procedimiento. Puesto en antecedentes, se suscribe un contrato con fecha 1 de agosto de 1987, que

consta en la entrega de 500.000 ptas. "en concepto de reserva y como señal o arras por la compra" de determinada e identificada vivienda, cuyo contrato de compraventa "se formalizará..." antes de que transcurra "el día 31/12/97" y añade, cláusula que da lugar a la litis:

*"Caso de que el titular de la reserva-comprador desistiera de la compra o no se presentase a formalizar y firmar el correspondiente contrato o escritura pública de compraventa dentro del plazo indicado, **perderá todo derecho a la reserva, que quedará nula y sin valor ni efecto, y la cantidad entregada en este acto quedará en poder y propiedad de la parte vendedora, conforme a lo dispuesto en el artículo 1454 del Código Civil (LEG 1889, 27) y en concepto de indemnización por los perjuicios ocasionados y por la limitación de la facultad de disposición que esta reserva comporta. Si fuera PROINPIR, SL quien desistiera de la operación, deberá devolver al comprador la cantidad que hoy recibe como señal o arras**".*

El contrato fue prorrogado hasta cuatro veces. La compradora, D^a Daniela (demandante y recurrente en casación) requirió notarialmente a la inmobiliaria vendedora PROINDIR, SL para formalizar notarialmente el contrato de compraventa y, en la misma fecha 5 febrero 1999, dicha inmobiliaria vendedora requirió notarialmente a la compradora comunicándole su desistimiento del contrato basándose en la cláusula contractual transcrita.

La Sala del tribunal se plantea la validez de la cláusula transcrita en relación con el concepto de cláusula abusiva que contempla el art. 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio sobre la defensa de los consumidores y usuarios, que se remite al anexo que como disposición adicional se contiene en la misma, aquél y éstas añadidas por Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación aplicable al presente caso. Cuya disposición adicional primera, I, 2^a dice:

"La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivo válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las

circunstancias que motivaron la celebración del mismo.”

y la III, 17 añade:

“La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.”

El carácter de cláusula abusiva fue aceptado por la parte demandante pero no fue reconocido por la entidad. En adición, podemos apreciar la mala fe de la entidad tal y como apunta la sentencia: *“Todo ello demuestra la mala fe de la demandada la cual amparándose en el pacto de arras penitenciales en el que se le facultaba en base al artículo 1256 del Código Civil para unilateralmente desistir del contrato, **mediando un evidente abuso de derecho eludiendo la firma del contrato, para así "justificar" el desistimiento, y conseguir una cantidad mayor en una nueva venta del inmueble, incumpliendo el pacto suscrito con la actora, al ser evidente que la venta de viviendas nuevas se ha disparado en el año 1999, y el precio de las mismas según las últimas estadísticas ha subido en la Comunidad Valenciana una media del 10,8%, respecto al año 1998**”.*

El problema surge considerando que, la cláusula transcrita es abusiva (art. 10 bis. 1) y, por tanto, nula (art. 10 bis. 2). Por ello, la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Castellón de la Plana de 30 diciembre 1999 **declaró la nulidad de la facultad de desistimiento de la inmobiliaria demandada y, en consecuencia, la condenó a formalizar el documento de compraventa.**

La Sala estima que la cláusula del desistimiento es abusiva y, por tanto, nula ya que no existe correlación en las obligaciones de las partes y se produce un desequilibrio importante entre ellas. Además, la Sala añade y reitera la existencia de mala fe en la conducta probada de la entidad PROINDIR, SL en perjuicio de la otra parte. Por ello, se concluye: *“la declaración de nulidad de la cláusula de desistimiento, es decir, nulidad total de la cláusula transcrita en el sentido de quedar eliminada tanto la facultad de desistimiento de la sociedad vendedora, como la de la compradora, quedando así integrado el contrato de compraventa, que deberá ser formalizado adecuadamente”.* Una

vez suprimida la cláusula abusiva, el contrato de compraventa subsiste con plena legalidad y sin que exista un desequilibrio censurado por la ley.

Finalmente, el Tribunal falla declarando la estimación del recurso de casación interpuesto por Doña Daniela contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, en fecha 10 de octubre de 2000, y con ello todo lo solicitado por la demandante a su favor.³¹

4.CLÁUSULAS SUELO

Por lo que respecta a las cláusulas suelo, dentro del derecho hipotecario, pueden definirse como estipulaciones que establecen un suelo, o lo que es lo mismo, o interés mínimo que el hipotecado siempre deberá pagar, con independencia de la evolución del índice de referencia, habitualmente, el Euribor, hasta el vencimiento y cancelación de toda la hipoteca. En cuanto a su legalidad, el Banco de España publicó una resolución dictaminando la legalidad de las cláusulas suelo en las hipotecas, **al amparo de la libertad de contratación en otras entidades**, por lo que el hipotecado puede acudir a la entidad que desee. Destacar que también existe la libertad de las partes al pactar el contrato. Por ejemplo, junto a la cláusula suelo puede pactarse la cláusula techo que protege al hipotecado frente a subidas del indicador de referencia. En los últimos meses, la mayoría de los Tribunales se han pronunciado a favor de la anulación de dichas cláusulas por entender que son abusivas. Por otro lado, los expertos financieros valoran que el perjuicio económico será para aquellos prestatarios que han contratado una hipoteca con cláusula suelo entre los 500 y los 3000 euros anuales. Los casos en los que puede considerarse abusiva la cláusula suelo es cuando el interés mínimo establecido como suelo en los contratos de hipoteca oscila entre los 3 y 5 %.

Para poder determinar si la cláusula es abusiva hay que atender a la falta de reciprocidad, es decir, **la falta de equilibrio de obligaciones y derechos entre la entidad financiera y el hipotecado**. Es por esto que podrá ser declarada abusiva la cláusula suelo por los tribunales cuando no establezca una cláusula techo que proteja al hipotecado frente a la subida del indicador, habitualmente el Euribor. La mayoría de

³¹ TS (Sala de lo Civil, Sección1ª) Sentencia núm. 501/2008 de 3 junio. RJ 2008\4170

contratos de hipoteca con cláusula suelo, tienen incorporada una cláusula techo pero existe falta de proporcionalidad entre ambas. Por ello, la entidad bancaria queda protegida de forma efectiva ante la bajada del Euribor y por el contrario la protección al hipotecado es totalmente ficticia. Por ejemplo, esto ocurre cuando las entidades bancarias establecen un suelo entre el 3 y el 5 % y por el contrario el “techo” se establece entre el 18 y el 20 %. Esta falta de equilibrio, proporcionalidad determina frecuentemente la nulidad cuando se demanda este hecho ante los Tribunales. Cuando la cláusula suelo se incorpora al contrato de hipoteca pero no a la oferta vinculante realizada, podría solicitarse la nulidad de la misma, **por falta de información previa al cliente sobre las consecuencias de la incorporación de dicha cláusula al contrato de hipoteca.**

Actualmente, se estima que aproximadamente un 30 % de los hipotecados están afectados por la incorporación de la cláusula suelo a su contrato de hipoteca, lo que lleva aparejado que no puedan beneficiarse de la bajada del Euribor, que en los últimos meses está alcanzando mínimos históricos. Como ya hemos señalado anteriormente, los Tribunales en los últimos tiempos, se inclinan cada vez con mayor frecuencia, en dictar sentencias declarando la nulidad de la cláusula suelo. Dicho pacto se considera abusivo ya que beneficia de una forma desproporcionada e injusta al banco, en perjuicio del hipotecado. La declaración de nulidad de la cláusula suelo por los Tribunales supone la devolución de los importes satisfechos por los hipotecados en virtud de la aplicación de dichas cláusulas.

En concreto, con ocasión a un auto de la sala civil del Tribunal Supremo, se **rechaza el argumento de los recurrentes**, de que su sentencia fuera incongruente por basar la nulidad de las cláusulas en la falta de transparencia y no en el "**desequilibrio**" entre las **obligaciones de las partes**. Asimismo, una de las partes alegó la falta de conocimiento real del alcance de dichas cláusulas por parte de los consumidores y recuerda que, de hecho, las entidades de crédito defendieron la transparencia y claridad de las mismas. Por ello concluye que "**la sentencia cuya nulidad se pide no se apartó de las cuestiones debatidas en el proceso**" y añade que "las partes tuvieron oportunidad de realizar alegaciones y prueba sobre las mismas y que el fallo no fue extraño a las pretensiones ejercitadas".

El TS defiende que su fallo se basa en casos concretos y su resolución no será válida para todos los supuestos y, por ello, no se anularán todas las cláusulas suelo en las que se **acredite falta de transparencia** sin tener en cuenta *“las características concurrentes en cada caso concreto y en cada contrato”*. En adición a esto, se establece que su decisión está plenamente justificada *“por la existencia de condiciones generales de contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por las entidades demandadas de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa”*.

A pesar de las distintas alegaciones de indefensión por parte de las entidades de crédito, el Tribunal señala que: *“no es un hecho en sí mismo negativo, sino una muestra del progreso de la citada jurisprudencia, que no puede considerarse infractor del ordenamiento”*. En caso de que dichas entidades quieran derogar el fallo del TS que: **“obliga a la banca a advertir expresamente a los clientes de que si firman una hipoteca con cláusula suelo no podrán beneficiarse de determinadas bajadas del Euribor”**, tendrán que presentar un recurso de amparo ante el TC.

Por último, mencionaremos el supuesto de no aplicación de cláusulas suelo por parte de las entidades como BBVA. El TS señala en la sentencia de 9 de mayo de 2013 la nulidad de las cláusulas suelo, incluso si el cliente se benefició durante un tiempo de caídas del Euribor. El auto de dicha sentencia señala una serie de requisitos de transparencia, formalismos carentes de eficacia, por ejemplo que, el notario lea el contrato, no sustituye el perfecto conocimiento de todos los términos del contrato. Según el Tribunal Supremo, **esto resulta imprescindible para que el consumidor decida si firma o no firma el contrato hipotecario**. Recientemente, los Bancos BBVA y Banco Popular han hecho alusión a la responsabilidad de los notarios a la hora de controlar las cláusulas abusivas. En España, el notario está obligado por ley a advertir al cliente sobre los efectos de dichas cláusulas. De nuevo, entidades bancarias como BBVA, Cajamar y Novacaixagalicia pidieron aclaración del fallo que las condenaba. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, declaró la nulidad de las cláusulas suelo en los casos en los que se produzca una **falta de transparencia**. Tal y como señala la sentencia: **“las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del**

contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos". El Tribunal Supremo establece en la sentencia de 9 de mayo de 2013 que, los **consumidores deben ser informados** de que, cuando el tipo de interés baja a determinados niveles, el préstamo se transforma en préstamo a interés fijo, variable sólo al alza y no se beneficiarán de las bajadas del índice de referencia, en general el Euribor.

Por consiguiente, el TS enumera varios supuestos que invalidaban este tipo de cláusulas. Por ejemplo, aquellas cláusulas que: *"hayan creado "la apariencia" de un contrato de préstamo a interés variable en el que las bajadas del índice de referencia repercutirán a una disminución del precio del dinero"*. También, cuando se cree la "apariencia" de que: *" el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo"*.

Dichas cláusulas suelo, en ocasiones son legales cuando no coexisten con las **techo**. El quid de la cuestión surge cuando ambas cláusulas se ofertan en un mismo apartado del contrato y, ello supone **un factor de distorsión de la información** que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo".

Asimismo, se consideran cláusulas abusivas **las que se firmen con la falta de información** de que se trata de un elemento "definitivo" del objeto principal del contrato o las que se ubiquen "entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan **enmascaradas** y que diluyen la atención del consumidor, como ocurre en el caso de las cláusulas utilizadas por BBVA.

Por ello concluimos este capítulo señalando que el TS reitera la nulidad de dichas cláusulas suelo sin provocar la nulidad del contrato en el que se encuentran insertadas. Por ello, la Sala vuelve a recordar que **su sentencia no es retroactiva**, por lo que no afectará a "situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales" ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta resolución.

CONCLUSIÓN

Una vez ya analizadas las condiciones de contratación, en particular las cláusulas abusivas y, la breve referencia a las cláusulas suelo, en este apartado nos gustaría

recoger las conclusiones a las que hemos llegado al abordar el análisis de este tipo de cláusulas. Con ello, queremos invitar a la reflexión sobre esta temática, con la esperanza de que despierten en la conciencia del legislador y de la sociedad, un sentimiento que abogue por el cambio y por la mejora de las condiciones generales de contratación.

En primer lugar, hemos estudiado brevemente la definición de contrato señalando que no obligan únicamente a lo expresamente pactado sino también, a todas las consecuencias que se deriven del mismo y sus elementos esenciales. Por otro lado, las condiciones de contratación vienen representadas por una serie de supuestos como cláusulas, estipulaciones o contenido contractual. Es cierto que, no todas las partes de los contratos obligan de la misma manera y que, en muchas ocasiones el empresario establece para un número indefinido una serie de cláusulas previas para evitar toda negociación sobre el contenido de esas cláusulas. Hoy en día la justicia contractual se basa en un procedimiento limpio donde la voluntad es esencial. El problema surge cuando en dicho procedimiento, la voluntad de las partes está disminuida y solo es protagonista de la adhesión al mismo. En los contratos diferenciamos una parte general que contiene los elementos esenciales y, de otra mano, eventualidades que pueden suceder o no a lo largo de la vida contractual. Por ello, cuando el cliente únicamente se centra en la parte esencial, pueden surgir posteriormente situaciones que le perjudiquen por falta de transparencia, ocultación o insuficiencia de información.

En segundo lugar y, en adición a lo anterior, hemos analizado las cláusulas abusivas ya que tienen gran impacto en contratos celebrados entre consumidores y usuarios. Reiterar que todo contrato debe dar una información previa referente a las cláusulas no negociadas individualmente; concreción, claridad y sencillez; accesibilidad y legibilidad; buena fe y justo equilibrio. Asimismo, declara el TRLGDyU que son abusivas las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, que limiten los derechos del consumidor y usuario, que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, que impongan al consumidor y usuario garantía desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato y que contengan las reglas sobre competencia de derecho aplicable. Dota de celeridad y agilidad procesal el hecho de que el juez puede declarar de oficio la nulidad de tales cláusulas, aunque la misma no haya sido alegada por el consumidor o el mismo esté en rebeldía. El control general de

dichas cláusulas se encuentran en el artículo 1255 CC pero como hemos señalado anteriormente, en el ámbito de consumidores y usuarios se encuentra recogido en los artículos 82 a 90. Como norma general serán consideradas como tal aquellas contrarias a la buena fe y al justo equilibrio. Hemos aludido a la buena fe porque los consumidores firman los contratos en bloque y no cláusula por cláusula. Por ello, en muchas ocasiones, el vendedor oculta parte de la información y el problema comienza a surgir a partir de ese momento.

En tercer lugar, debido a que han sido numerosos los casos concernientes a la nulidad de cláusulas contenidas en los contratos por su carácter abusivo, son analizadas en el tercer capítulo distintas sentencias del Tribunal Supremo donde independientemente de la naturaleza de los contratos, el consumidor se ha visto perjudicado por este tipo de cláusulas. Asimismo, en dicho análisis se distinguen distintos títulos referentes a diversas razones por las que se consideran abusivas dichas cláusulas; falta de transparencia, falta de información, vinculen el contrato a la voluntad del empresario, determinen la falta de reciprocidad del contrato y falta de buena fe. Dichas sentencias se apoyan tanto en otros casos, como en sentencias y opiniones del TS y del TJUE. Recalcar que, a la hora de calificar dichas sentencias no podemos unificarlas en una única solución para los casos sino que, hay que entrar a valorar las circunstancias específicas de cada uno y, determinar si concurre alguno de los requisitos del art. 82.4 TRLGCU o, bien por falta de transparencia, información o buena fe entre otros.

Para finalizar, concluimos el trabajo con un breve capítulo dedicado a las cláusulas suelo. Como ya se ha señalado anteriormente, dichas estipulaciones establecen un suelo o interés mínimo que, dentro del derecho hipotecario, el hipotecado tendrá que pagar. Junto a ésta cláusula, el hipotecado puede solicitar una cláusula techo con el fin de protegerse frente a las subidas del indicador de referencia. Dichas cláusulas pueden establecerse en el contrato siempre que se sitúen entre los límites establecidos y no de lugar a la falta de proporcionalidad o equilibrio. En caso de que suceda, se procederá a solicitar la nulidad de la misma. El conflicto surge cuando se establecen índices por encima del establecido y, con ello, dará lugar a falta de equilibrio y proporcionalidad y, como consecuencia solicitar la nulidad de la misma. Igualmente, el TS se pronuncia en la STS de 9 de mayo de 2013 donde señala que su fallo únicamente aplicará a supuestos

concretos y, que las entidades financieras tendrán que advertir a sus clientes de la existencia de dichas cláusulas. Añadir que aquellas personas que hubiesen sido afectadas por este tipo de cláusulas podrán solicitar su devolución presentando recurso de amparo ante el TC.

5.BIBLIOGRAFÍA

5.1 LIBROS:

ÁGUILA-REAL, A., *Las condiciones generales de contratación, estudio de las disposiciones generales*, Cívitas, Madrid, 1994.

CARBALLO FIDALGO, M., *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, pp.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *Condiciones Generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona, 2008.

LASARTE, C., *La protección del consumidor como principio general del derecho*”, *Cuadernos del derecho judicial*, número 6, 2007, pp. 61-100.

LASARTE, C., *Contratos, Principios de Derecho Civil*, III, 15ª, Marcial Pons, Madrid, 2013

NAVARRO MENDIZÁBAL, I., *Obligaciones y Contratos*, Civitas, Madrid, 2011.

5.2 REVISTAS:

CARBALLO FIDALGO, M., *Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de la Directiva sobre derechos de los consumidores*”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN 1698-739X, núm. 1, 2010.

GÓMEZ POMAR, F., *The unfair commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective*, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN 1698-739X, núm. 1, 2006.

5.3 JURISPRUDENCIA:

1.STS de 17 de octubre de 1987 (RJ 1987\7293)

2.STS de 22 de abril de 1988 (RJ 1988\3275)

3.STS 23 de julio de 1992 (RJ 1992\5468)

4.STS 25 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6577)

5.STS 3 de junio de 2008 (RJ 2008\501)

6.STS 1 de julio de 2010 (RJ 2010\6554)

7.STS 25 de noviembre de 2011 (RJ 2012\576)

8.STS 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012\37)

9.STS 9 de mayo de 2013 (RJ 2013\3088)

10.STS 3 de julio de 2013 (RJ 2013\5913)

11.STS 24 de septiembre de 2013 (RJ 2013\7431)

5.4 LEGISLACIÓN:

Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil.

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

5.5 RECURSOS DE INTERNET:

<http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/5581494/02/14/Los-jueces-dan-via-libre-a-no-cobrar-la-clausula-suelo-durante-el-proceso.html#.Kku8Sbk71bZ84EE>
[Consulta: lunes, 8 de marzo de 2014]

<http://www.elmundo.es/economia/2013/11/19/528b5c8c61fd3dd0488b456e.html>
[Consulta: lunes, 8 de marzo de 2014]

<http://www.diariojuridico.com/opinion/nulidad-de-la-clausula-suelo-de-una-hipoteca-por-abusiva.html> [Consulta: lunes, 20 de marzo de 2014]

<http://www.aranzadi.es> [Consulta: lunes, 31 de marzo de 2014]

