

ABUSIVAS POR DESEQUILIBRIO IMPORTANTE, PERO NO IMPORTA LA CANTIDAD

Immaculada Barral Viñals
Profesora Titular de Derecho Civil
Universitat de Barcelona
ibarral@ub.edu

Fecha de publicación: 13 de marzo de 2014

1.- La sentencia Constructora Principado sobre cláusulas abusivas¹

La sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea de 16 de enero de 2014 en el caso Constructora Principado vs José Ignacio Menéndez Álvarez (C-226-12) se pronuncia sobre el carácter de abusivas de dos condiciones generales (CG) que el adquirente, consumidor, tenía en el contrato de compraventa de una vivienda a la constructora y que establecían que el impuesto sobre el incremento de valor de los bienes inmuebles -plusvalía-, y los derechos de alta de los suministros corrían a cargo del comprador. Es una sentencia que tiene gran valor ya que este tipo de cláusula es frecuente en la compraventa de inmuebles y el juicio sobre su carácter de abusiva había generado jurisprudencia contradictoria en nuestro país.

Esta sentencia retoma el análisis no del los poderes de juez (control de oficio, tipo de juicio en el que debe desarrollarse...) ni la bondad de los cauces procesales de los diferentes países para realizar el control de las cláusulas (en lo que se refiere a España, el juicio monitorio (caso Banesto²) o el juicio hipotecario (caso Aziz³), sobre los que se había pronunciado últimamente el Tribunal de Luxemburgo, sino que esta vez entra en el tema de la definición material de la abusividad al perfilar la noción de **desequilibrio importante**. Y ello es vital para el sistema legal diseñado en el ámbito de las cláusulas

¹ Este artículo se enmarca dentro de los resultados del proyecto del Grupo de investigación Consolidado 2009SGR944.

² Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C.618/10, caso Banesto vs Joaquín Calderón.

³ Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).

abusivas, ya que cuantos más criterios de análisis dé el TJUE para que el juez nacional pueda apreciar la abusividad - recordemos, de oficio-, más provechoso será el control de contenido de las cláusulas no negociadas, verdadera transgresión del sistema de derecho contractual y de la autonomía de la voluntad en beneficio del consumidor.

En este caso, el Tribunal sienta las bases de la noción de desequilibrio al margen del control económico de las prestaciones y avanza hacia un control jurídico en el que se toma como referencia la situación legal de la ley nacional y si la cláusula empeora la situación del consumidor, dando dos ejemplos al respecto: la imposición de obligaciones adicionales –plusvalía-, o la restricción de derechos –gastos por suministros-: por tanto, entrando de lleno en el llamado control de contenido de tales cláusulas.

2.- Condiciones generales -o predispuestas- y cláusulas negociadas

Ha sido la contratación en masa de bienes y servicios la que ha propiciado la aparición de las llamadas condiciones generales o estipulaciones contractuales redactadas por una de las partes -el profesional- y usadas en todos los contratos de un mismo tipo que perfilan los derechos y las obligaciones de ambos. Esta práctica viene justificada por el hecho de que, a menudo, la imposición de unas condiciones idénticas para un gran número de relaciones jurídicas es la única manera rentable de contratar. Es lo que el art. 82.1 TRLGDCU indica cuando habla de “cláusulas no negociadas individualmente”, o el art. 5 LCGC cuando se refiere a las “cláusulas predispuestas. Precisamente por esta característica, la ley las somete a un doble control de incorporación al contrato y de contenido, cuando el adherente es un consumidor.

Así, en primer lugar, la eficacia de las condiciones generales depende de su incorporación al contrato en los términos del art. 5 LCGC y 82 TRLGDCU que la vinculan a la posibilidad de conocimiento, no al conocimiento efectivo de su contenido⁴. Esta posibilidad de conocimiento se consigue entregando el documento que las contiene en el momento del contrato o posibilitando el acceso a su contenido si el contrato no genera documentación (art. 5 LCGC y 63.1 TRLGDCU). Si se cumple esta condición material, las CG pasan a integrar el contenido del contrato⁵.

⁴ Sobre el concepto de accesibilidad y el control abstracto véase Llamas Pombo, E., comentario al art. 10-bis, en Llamas pombo, dir., *Comentarios a la ley general de protección de consumidores y usuarios*, Madrid, La ley, 2005, p. 284ss.

⁵ En este sentido, Gonzalez Pacanowska, I., comentario al art. 5, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., dir, *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pág. 147 ss habla de “normas formales “de incorporación, aunque incluye en ellas la transparencia.

Sin embargo, la aceptación del adherente no implica conocimiento efectivo, ni mucho menos comprensión del alcance material de cada una de las estipulaciones, por eso es difícil sostener que efectivamente se consiente sobre el contenido de las condiciones generales⁶: la posibilidad de conocimiento conduce a la incorporación al contrato (art. 7,a LCGC), pero por si sola no genera un juicio sobre su contenido. Si se cumple esta condición material, las CG pasan a integrar el contenido del contrato.

En cambio, que las cláusulas resulten de redacción clara y sencilla sólo aparece como requisito en los arts., 5 y 7 LCGC, según los que las cláusulas que no sean transparentes se tendrán por no incorporadas: luego no puede hablarse de una abusividad por falta de transparencia ya que las cláusulas no transparentes ya no se incorporarán al contrato: no cabe, pues, un ulterior control de contenido. De ello se deduce que el llamado control de transparencia es, en la legislación española, un control de incorporación de CG, no de contenido. Ciertamente, el control de accesibilidad es material, y por ello directo, basta con saber si el consumidor ha tenido la posibilidad de conocer el contenido, mientras que la transparencia acaba siendo un análisis a posteriori que exige el análisis material de la cláusula para saber si es clara y comprensible, pero el análisis material no lleva al control de contenido: si la cláusula no es clara, será ineficaz por esta causa, y no hará falta analizar si existe o no desequilibrio que fundamente un control de contenido. Y por último hay que desterrar la tesis contractualista: el control de inclusión piensa en una mera posibilidad de conocimiento. Sin embargo, la transparencia como control de incorporación conserva su importancia cuando el adherente es un profesional ya que no tiene control de contenido y la única forma de garantizar que las CG se conviertan en contenido contractual es que estén redactadas de forma clara.

El tema es de actualidad en el panorama español a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, sobre las cláusulas suelo donde indica que no puede controlarse su contenido ya que son elemento esencial del contrato, pero cabe el “doble control de transparencia” (núm. 196 y 215, como más destacables). Ahora bien, el TS cae en un error importante al indicar que la transparencia “incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el ...contrato”, ya que para ello, la cláusula no debe ser predispuesta sino negociada: en las predispuestas sólo se analiza la información dada y la claridad en la redacción.

⁶ Como señalaba DE CASTRO (*Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1985, pág. 58 ss), sobre las condiciones generales no recae un verdadero consentimiento ya que el adherente puede no entenderlas y no es posible consentir sobre lo que no se comprende; y puede aceptarlas sin conocer su alcance real, con lo que el consentimiento es parcial.

Esta diferencia tiene importancia en el caso en análisis ya que, precisamente, el principal argumento de la demandada era que la cláusula sí que había sido negociada con el comprador y precisamente por ello, el importe de los gastos puestos a su cargo habían sido tenidos en cuenta para establecer el precio de compra, por este motivo no podía considerarse abusiva. La presencia de cláusulas negociadas en un contrato con CG es perfectamente posible: el ámbito de las éstas no es sólo el puro contrato de adhesión, es posible que determinados aspectos del contrato hayan sido objeto de negociación entre las partes dando lugar a las llamadas condiciones particulares que coexisten con las generales (art. 1.2 LCGC) y que, además, son prevalentes si existe contradicción entre ambos tipos (art. 6.1 LCGC). Este marco legal abre la puerta a la distinción entre CG y cláusulas particulares: sólo en las segundas ha habido negociación y, por tanto, no siguen el sistema del doble control de incorporación y de contenido, sino la existencia de consentimiento y, eventualmente, su anulabilidad por vicios (art. 1255, 1258.1, 1261, y 1300 ss CC)⁷.

Sobre este punto - que el TJUE trata de forma tangencial en esta sentencia- repite la idea de que la carga de la prueba corresponde al profesional, de forma que si éste no consigue demostrar la negociación de la cláusula, se entenderá que es una CG, como en el caso que nos ocupa decide (núm. 19). Mucho más interesante a nuestros efectos es la afirmación de que el restablecimiento del equilibrio no puede derivarse meramente de la afirmación incidental, contenida en la propia CG, de que se ha tomado en cuenta para calcular el precio, con lo que el comprador ya recibe una contrapartida a la asunción de cargas ajenas (núm. 29). El Tribunal de Luxemburgo vincula esta conclusión al equilibrio, pero, en realidad, este es, en nuestra opinión, un tema de negociación de la cláusula: si la mención incidental en una CG no desvirtúa su carácter de tal es porque no existe otra prueba relevante de que, efectivamente, este extremo ha sido negociado: si existiese, no estaríamos hablando de una cláusula abusiva por generar desequilibrio, sino de una CG que no se aplica porque aparece contradicha por una cláusula particular que sí ha sido negociada en términos distintos, y debe prevalecer.

De ello cabe deducir que la base de la oposición CG/ cláusula particular es que debe destruirse la apariencia de CG, constando de alguna forma los términos de la negociación: la preconstitución de la prueba de la negociación de una cláusula exigirá constatar los términos del acuerdo particular que contradicen el automatismo de las CG.

⁷ En este mismo sentido Arroyo Martínez, Ignacio, comentario al art. 1, en Arroyo Martínez, -Miquel Rodríguez, coords., *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, p.32. Sobre la clara opción final de la Directiva 13/1993 por el control de las cláusulas abusivas sólo cuando no hayan sido negociadas, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 445 ss.

Así, recientemente se ha publicado en la prensa que una entidad bancaria mantiene las cláusulas-suelo, pero hace que los clientes las escriban a mano y en bolígrafo y la firmen. Este es un caso claro de intentar preconstituir la prueba de la negociación de una cláusula: si está escrita a mano no está predisposta, ni aparece en el clausulado de CG que se entrega para evitar problemas de contradicción entre la “condición particular” y la general. La idea parece tomada el art. 3.1 LCS que diseña un régimen especial para los controles de incorporación y contenido de las condiciones generales frente al asegurado –y, por tanto, de su declaración como abusivas-, en relación a las cláusulas limitativas de derechos, ya que el control de incorporación exige que deben destacarse y deben ser aceptadas expresamente. Con todo, hay un extremo que no debe olvidarse: el control de lesividad de las cláusulas en el contrato de seguro abarca también las cláusulas particulares, por lo que, en este caso, lo que se pretende es, directamente, que el asegurado conozca exactamente el alcance a la restricción de sus derechos, a pesar de ser una cláusula predisposta. Esta misma razón no juega en el régimen ordinario de las CG donde, una vez incorporada la cláusula, puede analizarse su contiendo si causa un desequilibrio importante, entre otras cosas, porque restringe sus derechos, como después veremos. Así es que, a pesar de que estén escritas a mano, la carga de la prueba de la negociación continúa recayendo sobre el profesional.

3.- Control material de la abusividad: el desequilibrio en perjuicio del consumidor

Una vez sentado que la cláusula decimotercera del contrato de adquisición de vivienda sobre el que se plantea la cuestión prejudicial es una CG, podemos entrar a analizar si crea un desequilibrio importante y porqué.

Las CG sólo pueden ser calificadas como abusivas cuando se han incorporado al contrato y si el adherente puede ser calificado como consumidor. Así, el art. 82 TRLGDCU organiza un segundo filtro, materialmente mucho más amplio, que es el control del contenido de las CG que permite, precisamente porque sobre ellas no recae el consentimiento, analizar la materialidad de la cláusula y juzgar la posibilidad de su eficacia vinculando al consumidor como parte del contenido contractual.

Por otra parte, conviene recordar que, a pesar de las críticas que suscita, el control de contenido sólo se prevé en ambos ordenamientos para los contratos realizados con consumidores: sólo en este caso la legislación finalista pretende proteger a una de las partes contractuales entrando a valorar el desequilibrio causado por las cláusulas. En este sentido, el art. 82 TRLGDCU que se limita a extender el control de contenido a 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” en el mismo sentido exacto que el art. 3 D 93/13. Este es el concepto clave para el control de contenido en el sistema español de cláusulas abusivas, y es el mismo que el derecho comunitario por lo que la doctrina que se desprende de la sentencia Constructora Principado, debe aplicarse sin ningún problema. Lo que es algo diferente es la forma de concretar esa fórmula genérica, ya que la ley española pasa a determinar las cláusulas que pueden causar ese desequilibrio mediante un doble sistema de cláusulas genéricas (art. 83) ejemplificadas luego en cláusulas concretas y determinadas que se enumeran en los art. 85 a 89, siguiendo, con innovaciones importantes como lego veremos, la lista del anexo de la Directiva.

Pasando a la doctrina sentada por el TJUE, éste reitera que no debe pronunciarse sobre la cláusula en concreto que plantea el juez nacional, ya que el control de las cláusulas abusivas le compete a él, por ello, el Tribunal de Luxemburgo sólo da instrucciones al tribunal ad hoc para analizar si puede serlo, de acuerdo con la interpretación que éste hace del alcance del control de contenido previsto en la Directiva 13/93⁸ (núm. 20). Esta postura es consecuente con la idea de que el control de contenido de las cláusulas debe realizarse de oficio por el juez nacional, de forma que corresponde a él también determinar la abusividad. Con todo, y finalmente, los criterios que el TJUE da al juez nacional acaban prejuzgando la solución al caso propuesto, de forma que puede afirmarse que, indirectamente el TJUE se pronuncia sobre el carácter abusivo ya que los criterios dictados en Luxemburgo, en el caso la Constructora Principado que ahora nos ocupa, son los suficientemente precisos como para adelantar el resultado.

Por lo que se refiere al control estrictamente material de las cláusulas, el alcance del control de contenido se perfila de forma clara en la sentencia en análisis ya que el TJUE entra a valorar uno de los dos conceptos básicos a los que se reconduce el test de abusividad: **el desequilibrio importante en perjuicio del consumidor** que prescribe el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE⁹. Conviene tener presente -y es en este aspecto donde recae el potencial del análisis de las cláusulas abusivas y lo que justifica que el control del juez en esta materia deba ser de oficio- que tanto el desequilibrio como el ir

⁸ Las sentencias que recogen esta idea son numerosas: Sentencia de 4 de junio de 2009, asunto C- 243-08, caso Pannon GSM, núm. 44; Sentencia de 9 de noviembre de 2010, asunto C- 137/08, VB Pénzügyi Lízing, núm. 43; Sentencia de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, num. 48. El resumen de la construcción puede encontrarse en la sentencia de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10, caso Invitel (núm. 22): “...incumbe a dicho juez [nacional] pronunciarse, teniendo en cuenta dichos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso...De ello se desprende que la respuesta del Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate”

⁹ Véase la sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, núm. 33 y la jurisprudencia citada.

en contra de las exigencias de la buena fe que el art. 3.1 cita como módulos en este tema, son conceptos abstractos que deben analizarse en cada caso aún más allá de la lista de cláusulas que deben considerarse abusivas del anexo de la directiva, ya que se trata de una lista indicativa y no exhaustiva¹⁰.

El TJUE ya había fijado en sentencias anteriores un cuerpo de doctrina que resume su concepción del desequilibrio que conduce a la declaración de abusividad, que hasta ahora se fijaba en elementos externos al contenido de la cláusula en sí y que derivaban, de una manera o de otra, del propio concepto de cláusula predispuesta. Así se indicaban cuatro elementos:

- el desequilibrio deriva de la situación de inferioridad del consumidor en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas¹¹
- el control de abusividad pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas¹²
- La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato¹³
- El control de oficio por parte del juez subsana el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional¹⁴

En efecto, las sentencias sobre cláusulas abusivas se habían centrado en temas de cláusulas de sumisión a tribunales del domicilio del profesional (Océano), o sobre sumisión a arbitraje especial (Mostaza Claro y Asturcom), el juicio de abusividad se realizaba de forma objetiva partiendo de los cuatro elementos indicados de forma que el

¹⁰ Así, las sentencias del caso Pannon GSM, núms. 37 y 38; y VB Pénzügyi Lízing, núm. 42; el auto de 16 de noviembre de 2010, C 76/10, Caso Pohotovost', núm. 56 y 58; y la sentencia Invitel, núm. 25.

¹¹ Véase las sentencias de 27 de junio de 2000, asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, núm, 25; sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto Mostaza Claro, C 168/05, núm. 25; y sentencia de 6 de octubre de 2009, caso Asturcom Telecomunicaciones, asunto C 40/08, núm. 29; y caso Pénzügyi, num. 46.

¹² Sentencias Mostaza Claro, núm 36; Asturcom Telecomunicaciones, núm 30; Pénzügyi, Lízing, núm. 47; sentencia de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, asunto C 453/10, núm. 28 y núm. 40, 1; y sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C.618/10, caso Banesto vs Joaquín Calderón)

¹³ Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 27; Mostaza Claro, apartado 26; Asturcom Telecomunicaciones, apartado 31, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 48; Banesto, núm. 41.

¹⁴ Véanse, en este sentido, las sentencias Mostaza Claro, núm. 38; Pannon GSM, núm. 31; Asturcom Telecomunicaciones, núm. 32; B Pénzügyi Lízing, núm. 49; y Banesto, núm. 41, 1.

desequilibrio importante derivaba directamente del hecho de que tales cláusulas comprometían el derecho de defensa del consumidor: el desequilibrio era, en cierta forma, inherente a la cláusula (así, de forma clara, el núm. 24 de la sentencia Océano). En cambio, la sentencia Constructora principado, en parte sobre la base de un aspecto de la sentencia Aziz, desarrolla el concepto de desequilibrio importante partiendo de las nociones de desequilibrio jurídico y no económico y la de noción de lesión suficientemente grave para la que da unos módulos de análisis al juez nacional.

4.- Desequilibrio importante: control jurídico y no económico

La doctrina que sienta la sentencia del TJUE es que el desequilibrio importante no tiene que ver con el esfuerzo económico que una CG suponga para el consumidor, sino que el análisis debe hacerse desde una óptica jurídica, examinando el equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes sin tomar en consideración si el valor económico de tales elementos es elevado o no.

El control limitado a un desequilibrio jurídico –calidad de la alteración de la situación del consumidor frente al marco definido en la ley- y no económico -valor de las cantidades puestas a su cargo en relación con el precio de la adquisición- incide en la idea de que no es adecuado el control de cláusulas abusivas para entrar a valorar, si es que hay que hacerlo, la adecuación entre el precio y la contraprestación pagada. Tal control, que mayoritariamente la doctrina española rechaza, es un tema de libertad en la fijación de precios en un contexto, como el español, basado en la ausencia de un concepto de precio justo –más allá de, por ejemplo, al rescisión por lesión en Catalunya en el caso de inmuebles (art. 323 CDCC)¹⁵-, que implica entrar en otro debate.

Este tema, como el propio art. 4.3 D13/93 y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, es distinto del de control de la abusividad de los elementos esenciales.

14.- Para la exposición de la doctrina liberal de libertad en la fijación de precios y , por oposición la justicia social del contrato puede verse en Cámara Lapuente, S., *El control sobre las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato*, Thompson-Aranzadi, 2006, p. 71 y ss. Con todo, entendemos que la tesis de la intervención social del contrato supera la cuestión de las cláusulas abusivas y pretende, no determinar si existe desequilibrio en el contrato en concreto, sino restablecer un equilibrio de forma previa cuando se parte de la premisa de que las dos partes tienen un poder de negociación muy diverso. En cambio, la información previa es una herramienta distinta del control de las cláusulas abusivas por no ser transparentes: la información debe darse antes del contrato y pretende que el consumidor tenga elementos suficientes para formar correctamente su consentimiento. El control de las cláusulas abusivas, parte de que se han incorporado al un contrato sin que el consumidor tenga por qué conocer su alcance.

Así, la STJUE Caja de Ahorros de Madrid¹⁶ aborda directamente el tema de si una legislación nacional –en este caso la española- puede ampliar el ámbito de aplicación de las cláusulas abusivas a los elementos esenciales al no usar los límites en este sentido establecidos en el art. 4.3 D 13/93 y decide que puede hacerlo si con ello aumenta el límite de protección del consumidor. Tanto la Directiva, como la sentencia (num.44) ofrecen dos límites al control de las cláusulas abusivas: uno es que no existe control en relación a los elementos esenciales del contrato; el otro es que tampoco se controla la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida: sólo este segundo aspecto es el llamado desequilibrio económico del contrato, que el Tribunal entiende no relevante.

Por lo que se refiere a la polémica acerca del control de la abusividad de los elementos esenciales del contrato, se trata de un tema suficientemente tratado en España por la doctrina, que tiene al respecto opiniones contrastadas y es un tema que excede del presente comentario¹⁷. Con todo, es evidente que la opción del TJUE en este caso replantea la cuestión, al menos en alguno de sus aspectos: si el control de contenido no abarca la adecuación entre prestación y precio, la cuestión es, entonces, ¿qué espacio queda al control sobre los elementos esenciales? La determinación del precio y el bien o servicio a prestar forman parte del consentimiento necesario para que exista contrato (art. 1261 Cc), con lo que se compadece mal con el control de inclusión de las cláusulas predispuestas que se limitan a la posibilidad de conocimiento, por ello, parece que su ámbito natural es el de las cláusulas negociadas, si puede demostrarse tal negociación, tal como hemos dicho antes. Si no es así, difícilmente superará el filtro del desequilibrio jurídico una cláusula no negociada relacionada con el objeto esencial.

En efecto, la mayoría de casos en lo que se ha planteado esta cuestión se trata de un tema de módulo de cálculo del precio: cláusula hora o fracción en los parkings (SAP Madrid 565/2005 de 8 septiembre de 2005), cláusula de redondeo al alza (STS de 2 marzo de 2011), y cláusula suelo (STS de 9 de mayo de 2013). Por lo que se refiere a la cláusula de intereses moratorios, y como afirma Gonzalez Carrasco, este interés no forma parte del precio del contrato de préstamo, sino de una indemnización derivada de un incumplimiento, es daño y no precio¹⁸. Es decir, la ausencia de control sobre el objeto esencial del contrato –si entendemos que su aparición en nuestro derecho no

¹⁶ Sentencia de 3 de junio de 2010, asunto C- 484/08, Caja de Ahorros de Madrid vs.Ausbanc.

¹⁸ Gonzalez Carrasco, M. C., “ La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin posibilidad de integración judicial”, blog CESCO: Notas jurisprudenciales. Accesible en www.uclm.es/centro/cesco.

tiene justificación pese a haber sido validada por el TJUE-¹⁹, una vez descartado el control de la conmutatividad económica, no puede referirse a cualquier cláusula que tenga relación –remota o no- con el precio, pues ello descartaría mucho del contenido de las CG.

En definitiva: las cláusulas predisuestas en contratos con consumidores están sometidas al control de contenido donde debe analizarse si generan o no un desequilibrio importante en términos jurídicos. En este sentido, entiendo que el control jurídico del desequilibrio importante cierra el paso de la vinculación al llamado control de transparencia de las cláusulas²⁰ en el sentido de que no es transparente una cláusula que modifique las consecuencias económicas que el contrato deba tener para el consumidor, sin que sea consciente de ello. Este tipo de razonamiento no tiene en cuenta que estamos ante el control de cláusulas predisuestas que, en el mejor de los casos, el consumidor lee cuando estalla el conflicto y la empresa le recuerda la CG que ha aceptado: la abusividad está en el empeoramiento de la situación del consumidor, no en la sorpresividad de incrementos de precio. Esta idea es abonada por la sentencia en análisis cuando indica que el impuesto no se liquida sino después de la venta, de forma que cuando el consumidor firma el contrato desconoce el impacto económico que tal importe va a tener en la venta: lo abusivo no es que el importe lo sea y suponga un esfuerzo económico muy importante para el adherente, sino el mero hecho de poner a su cargo una obligación que no le corresponde y de la que desconoce su cuantía. Y todo ello a pesar de que los importes de la plusvalía y el alta a los suministros no superan, en el caso en análisis, los 1300 €.

5.- Desequilibrio importante por “lesión suficientemente grave” en la situación jurídica del consumidor

La novedad de la sentencia en análisis es, como hemos visto, que prescinde del equilibrio económico del contrato para centrarse en el jurídico, de forma que aquél es importante no si el montante económico lo es; sino si la cláusula en concreto determina una **lesión suficientemente grave**. Este concepto es, de entrada, igual de abstracto que el de desequilibrio importante, con la sola concreción de que no debemos tener en cuenta la cantidad sino la calidad del desequilibrio en términos jurídicos, es decir,

¹⁹ Cfr. la exposición de Cámara Lapuente (op. Cit., pág. 61 ss) acerca del error del legislador – más bien, de los parlamentarios a la hora de votar una enmienda en el Congreso- en no transponer el límite del art. 4.3 D 13/93

²⁰ Este es el enfoque de Pertúñez, F.. "Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda." *Estudios sobre consumo*, 77 (2006): 23-38, precisamente en torno a esta cláusula.

analizando las obligaciones y derechos de las partes y su equivalencia en términos de estatus jurídico. Con todo, el tribunal no se detiene en este concepto, sino que da dos importantes elementos para considerar el desequilibrio:

Por un lado, indica el módulo sobre el que debe analizarse el desequilibrio jurídico y que es la referencia a la ley nacional. Es en este momento cuando el TJUE retoma un argumento que ya había desarrollado en la sentencia *Aziz*, en la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas. En efecto, dicha sentencia indica que el concepto de desequilibrio importante debe apreciarse teniendo en cuenta el marco legal nacional aplicable en defecto de pacto, es decir, según el cuadro de derechos y obligaciones que la ley nacional establece (núm. 68 y 76). Pero la sentencia *Aziz* indicaba todavía otro elemento importante del módulo del desequilibrio: el juez nacional debía examinar si la cláusula en conflicto dejaba al consumidor en una “situación jurídica menos favorable que la prevista en el derecho nacional vigente” (ibídem). Esta segunda referencia no consta expresamente mencionada en la sentencia *Constructora principado*, pero le es aplicable ya que precisamente entra a valorar si en los casos de la cláusula enjuiciada, este empeoramiento se da. Así, el desequilibrio importante se mide en relación al derecho nacional que la cláusula varíe, analizando si aquella conlleva una situación jurídica menos favorable para el consumidor: la medida de hasta qué punto la CG rompe el equilibrio entre las partes toma como referencia la distribución de obligaciones que realiza el ordenamiento interno.

La sentencia *Aziz* llevaba a cabo, a continuación, un análisis de las tres cláusulas controvertidas en aquel contrato: la de vencimiento anticipado, la de intereses moratorios y la de liquidación unilateral. No es este el momento de analizar a fondo estas cláusulas²¹, pero sí de ver cómo en aquella sentencia ya se ofrecen algunos elementos para tener en cuenta el empeoramiento de la situación del consumidor, así, y de forma palmaria, la comparación de interés moratorio con el legal del dinero (núm. 74). Este elemento queda más oculto en relación a las otras dos cláusulas donde el tribunal se ve forzado a acudir a otros conceptos abstractos como el acceso a la justicia en el caso de las de liquidación unilateral (núm. 75.) o la entidad del incumplimiento en las cláusulas de vencimiento anticipado (núm. 73). Será este segundo elemento el que propiciará la base para conceptualizar la “lesión suficientemente grave” en la situación jurídica del consumidor como criterio de apreciación del desequilibrio en la sentencia en análisis. Efectivamente, partiendo de la lesión grave, la sentencia desarrolla criterios concretos para saber cuándo la lesión lo es: este es el segundo gran valor de esta sentencia.

²¹ Véase, por todos, una de las monografías recientes sobre este tema: Fernández Seijo, JM, *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*, Barcelona, Bosch, 2013, *passim*, especialmente, pág. 80 ss.

6. Módulos para la “lesión suficientemente grave”

La gravedad de la lesión se sustenta en tres elementos, aunque, a los efectos de las cláusulas enjuiciadas, se reducen, como veremos, a dos: la imposición de obligaciones adicionales no previstas en la ley nacional, la restricción de derechos que confiere el contrato o bien imponer obstáculos a su ejercicio. Con base en estos elementos, las cláusulas impuestas por Constructora Principado pueden ser declaradas abusivas por existir un desequilibrio importante en términos jurídicos. Así, la segunda novedad de la sentencia en análisis es que desciende a concretar los elementos precisos que la lesión grave debe tener para que el juez nacional pueda apreciar un desequilibrio importante.

6.1 Lesión grave por imposición de obligaciones a adicionales no previstas en la ley nacional

Para determinar si imponer al consumidor el pago del impuesto sobre la plusvalía genera una lesión grave a su situación jurídica, el módulo que determina la sentencia es saber si se trata de un “obligación adicional”. Efectivamente en el caso de impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana –plusvalía-, el sujeto pasivo del impuesto es el transmitente a título oneroso de la finca, es decir, la constructora en nuestro caso (el art. 106.1,b Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales), con lo que el análisis del derecho nacional en este aspecto confirma que se trata de la imposición de una obligación adicional que supone una lesión a la situación jurídica del consumidor en cuanto él no es el sujeto pasivo del impuesto, por lo que se empeora su situación.

Una tal cláusula es muy frecuente en los contratos de compraventa de vivienda, junto con la repercusión de otros gastos como los de escritura, cancelación de hipoteca, etc... Su tratamiento por la jurisprudencia ha sido muy desigual, y mientras algunas sentencias consideraban que era una cláusula abusiva otras la validaban²², y, en realidad, uno de los argumentos utilizados por este segundo grupo era el poco importe económico que suponía.

²² Para una exposición detallada cfr. Cámara Lapuente, S., comentario al art. 89.3, en Cámara Lapuente, S., dir, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, COLEX, 2011 pág. 924 ss, con abundante cita de jurisprudencia del TS y de las audiencias sobre este tema.

Hasta 2006 este tema podía ser algo discutible ya el art. 10.1.c,11 LGDCU indicaba que debía considerarse abusiva la cláusula por no suponer un justo equilibrio la imposición al comprador de los gastos de titulización y citaba como ejemplo la obra nueva, la propiedad horizontal, y la constitución de hipotecas para financiar la construcción, o bien su división y cancelación. Además, esta cláusula sólo se aplicaba a la venta de la vivienda nueva, de modo que creaba una primera duda acerca de si no podía considerarse abusiva en las demás ventas, aunque el recurso a la interpretación sistemática podría haber resuelto el problema²³. Por lo que se refiere a la cláusula en sí, estaba hablando de lo que el art. 1445 CC indica como gastos del contrato que son a cargo del vendedor, salvo pacto en contrario, de forma que podía interpretarse que, efectivamente, cabía una CG en este sentido. Así, la cuestión estaba dividida en torno al alcance de esta cláusula, y no existía una norma expresa sobre el pago de otros gastos como los impuestos puestos a cargo del vendedor que explica, aunque desde mi punto de vista no legítima, una jurisprudencia contradictoria. En todo caso, es la norma aplicable al supuesto de la sentencia en análisis ya que la compraventa de la vivienda tiene lugar 2005. Así pues, la interpretación no conforme a la ley comunitaria de este precepto obliga al juez a entender que es contraria al justo equilibrio la imposición de obligaciones adicionales que no son a su cargo, como el pago de un impuesto que corresponde al vendedor y ello a pesar de que el art. 10.1.c,11 no mencione este gasto en concreto. Cabe recordar en este punto que el desequilibrio deriva de esta carga adicional, que además es una ley imperativa, y, por ello, la justificación de su abusividad debía encontrarse, en el antiguo texto en el art. 11.1.c,4 en la referencia genérica al desequilibrio.

Precisamente por la jurisprudencia contradictoria, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios incorpora un catálogo de cláusulas abusivas en la DA 1 a la Ley 26/1984, donde se incluye expresamente la abusividad de “La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional”, considerando que la sola existencia de esta repercusión del impuesto ya es abusiva. Esta cláusula se encuentra hoy en el art. 89,3,c, con el mismo texto, aunque el inicio del art. 89.3 precisa que las cláusulas que repercutan gastos en contra de la ley, tanto si es imperativa como dispositiva, son abusivas. Este cambio, de importancia en lo que se refiere a los gastos del contrato, según lo que hemos apuntado antes, tiene poco interés a los efectos de la plusvalía. Así pues, en el actual derecho vigente, ya se contempla la abusividad de esta cláusula per se, con independencia del importe.

²³ Se pronuncia a favor de incluirlas, ya que el listado de gastos de la LGDCU era meramente ejemplificativo, De la Fuente Nuñez de Castro, M.S, “La repercusión al comprador del impuesto de plusvalía”, en Cañizares Laso, A., coord., *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, Tecnos, 2006, pág. 133.

6.2 Lesión por restricción del contenido de los derechos del consumidor

La segunda cláusula en discusión es la repercusión al consumidor de gastos relacionados con la habitabilidad del inmueble, en este caso, los gastos derivados de la conexión a suministros y alcantarillado. El núm 28 de la sentencia es muy claro cuando indica que, en este caso, la lesión suficientemente grave deriva de que tales gastos están a cargo del vendedor como parte de su obligación de entregar una vivienda conforme a su destino, es decir, en condiciones de habitabilidad. Efectivamente el alta a tales servicios básicos supone una restricción de derechos generados por el contrato, pues teniendo el consumidor derecho a que se le entregue una vivienda habitable, debe sufragar los gastos que el cumplimiento de este requisito impone. Y, a la vez, la forma de restringir sus derechos es mediante la imposición de condiciones adicionales que la ley nacional no contempla.

Además, esta pauta de análisis del desequilibrio incide claramente en uno de los elementos que podemos llamar contingentes de la abusividad y que se encuentran en el art. 4.1 D 13/93 y en relación a los que existe ya jurisprudencia europea clarificadora²⁴. Se trata de la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto de contrato: no todas las obligaciones adicionales que se puedan imponer tendrán relación directa con el cumplimiento de los deberes prestacionales de la contraparte, pero cuando sea así, la restricción de derechos se muestra de forma clara.

En este caso, la redacción inicial de la L 26/1984 no ofrecía una pauta precisa hasta 2006, por tanto también después de la compraventa que se enjuicia en este caso, y debía deducirse su abusividad de la cláusula general de desequilibrio. Nuevamente la jurisprudencia era dispar en este ámbito. De la misma forma que en el caso anterior, DA 1 a la Ley 26/1984 en el año 2006, que incluye expresamente la abusividad “La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad”, que también ha pasado al art. 89.3 TRLGDCU.

²⁴ También es doctrina reiterada la declaración de una cláusula como abusiva debe tener en cuenta las circunstancias especificadas en el art. 4, apartado 1, de la Directiva, que modulan tanto la apreciación del desequilibrio como la buena fe. (véase, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, núm. 33 y jurisprudencia citada). Estos, que podemos llamar criterios contingentes, permiten modular el juicio de abusividad en función de la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, todas las circunstancias que concurran en la celebración del contrato y todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa (Banif, núm 41).

En este sentido, la cláusula que impone al comprador los gastos de conexión a servicios que configuran el concepto de vivienda habitable son abusivas porque restringe el derecho del comprador –consumidor- a recibir aquello a que se ha obligado el vendedor, sería un concepto de conformidad aplicado a los bienes inmuebles, y que ya recoge la LOE cuando articula la responsabilidad de los agentes de la edificación por vicios de habitabilidad.

Finalmente esta interpretación acerca del concepto de habitabilidad puede tener largo recorrido en la cuestión del llamado certificado energético. El Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios indica que, a partir del 1 de junio de 2013, rige la obligación para el propietario de presentar o poner a disposición de los compradores o arrendatarios del certificado de eficiencia energética de la totalidad o parte de un edificio²⁵. En este caso, y siendo la necesidad de disponer de un certificado de este tipo una obligación del vendedor –propietario-, será abusiva la cláusula que imponga su pago al comprador, si es consumidor, ya que el certificado debe exhibirse en el momento del contrato como forma de demostrar que se ha cumplido al obligación de entregarlo, de forma que, en este caso, se dan dos elementos para considerar una lesión grave: imposición de obligaciones adicionales y restricción de derechos.

²⁵ La reforma de la LAU por ley 4/2013 incide también en este punto**