LA "VOLUNTAD VIRTUAL" DEL CONSUMIDOR, ¿UN NUEVO TEST PARA DETERMINAR LA ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA NO NEGOCIADA EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES? (STJUE DE 14 DE MARZO DE 2013, ASUNTO C-415/11)[1]

Manuel Jesús Marín López
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

I. Introducción

La STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11) que resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, tiene una enorme importancia. La sentencia establece que es contraria a la Directiva 93/13/CEE (en adelante, la Directiva) una normativa nacional, como la española, que en el proceso judicial ejecución hipotecaria no permite al deudor formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, y que al mismo tiempo tampoco permite que el juez que conozca del proceso declarativo, en el que se puede analizar si la cláusula es abusiva o no, adopte medidas cautelares (como por ejemplo, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria) cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final. Esta resolución obligará a modificar nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, para adecuarla a las exigencias de protección del consumidor ante la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (sobre el particular, v. CORDERO LOBATO, "Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?", publicado en la web de CESCO).

[1] Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera

La sentencia también es importante porque realiza una revisión del concepto de "cláusula abusiva". El Juzgado remitente solicita que se precisen los elementos que conforman el concepto de "cláusula abusiva" (el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, contrario a la buena fe), para poder así enjuiciar el carácter abusivo de tres cláusulas concretas, relativas al vencimiento anticipado en los contratos de préstamo de larga duración por el impago de una cuota, a los intereses de demora, y a la posibilidad de liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada con el fin de iniciar un proceso de ejecución hipotecaria.

Es de esta segunda cuestión de la que me interesa ocuparme ahora. Constituye doctrina consolidada del TJUE, como recuerda la sentencia que se comenta (apartado 66), que el Tribunal de Justicia no tiene competencia para decidir si una concreta cláusula ha de ser calificada o no como abusiva (esta función se reserva al juez nacional), pero sí para interpretar el concepto de "cláusula abusiva" del art. 3.1 de la Directiva, y para establecer criterios que el juez nacional debe tomar en consideración para juzgar la abusividad de la cláusula en cuestión (SSTJCE 1.4.2004, 26.10.2006, entre otras).

En este ámbito, tiene especial trascendencia el apartado 69 de la sentencia. Señala que para averiguar cuándo la cláusula causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe, "el juez nacional debe comprobar a tal efecto 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". Hasta donde alcanza mi conocimiento, es la primera ocasión en la que el Tribunal de Justicia hace una afirmación de esta naturaleza. Hay que acudir, por tanto, a la "voluntad virtual" o "voluntad hipotética" del consumidor para juzgar la contrariedad o no a la buena fe del desequilibrio instaurado en la cláusula. ¿Constituye esta "voluntad virtual" un nuevo criterio para determinar el carácter abusivo de una cláusula? ¿O se trata, sin más, de una concreción de la regla de que la abusividad supone una redistribución de los derechos y obligaciones de forma contraria a la buena fe?

Para resolver esta cuestión se hace necesario examinar los parámetros del control de abusividad contenidos en la Directiva, y después, sobre esas premisas, analizar si la "voluntad virtual" del consumidor constituye o no una novedad en el marco del control de abusividad.

II. El parámetro de la abusividad: desequilibrio importante de derechos y obligaciones contrario a la buena fe

Conforme al art. 3.1 de la Directiva, las cláusulas son abusivas "si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". En parecidos términos se expresa el art. 82.1 TRLGDCU: son abusivas las cláusulas "que, en contra de las exigencias de la buen fe causan, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Los dos parámetros para medir la abusividad de una cláusula son, por tanto, la buena fe y el equilibro de las prestaciones. No resulta fácil determinar cómo juegan estos dos criterios. En particular, si se trata de dos requisitos distintos, cada uno de ellos con su propio contenido, o si es un solo requisito. En realidad, no merece la pena detenerse en exceso en esta discusión, sino que es más útil valorar cómo funciona cada uno de esos parámetros.

Para que una cláusula sea abusiva es necesario que haya un desequilibro importante en los derechos y obligaciones de las partes. Es éste un presupuesto necesario: sin desequilibro la cláusula no es abusiva. La buena fe es el criterio para medir ese equilibrio. Por lo tanto, el equilibrio de derechos y obligaciones de las partes es la meta perseguida por el control de contenido, mientras que la buena fe es la guía para valorar ese equilibrio.

El equilibrio que persigue el control de contenido es un equilibrio jurídico relativo a los derechos y obligaciones de las partes. No es un equilibrio económico entre las prestaciones que incumben a cada una (equivalencia entre objeto y precio), sino un equilibrio entre sus derechos y obligaciones. Como ha destacado MIQUEL ["Comentario al art. 82", en CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid, Colex, 2011, pp. 741], no se trata de comparar los derechos y obligaciones de las partes entre sí, sino que la comparación ha de hacerse con la regulación legal, esto es, con el derecho dispositivo. En consecuencia, hay que comparar los derechos y obligaciones que confieren las cláusulas predispuestas y los derechos y obligaciones que resultan del derecho dispositivo. Hay desequilibrio, pues, no cuando las partes tienen distintos derechos y obligaciones, sino cuando éstos se separan de manera importante ("desequilibrio importante") del derecho dispositivo, y en perjuicio del consumidor. El derecho dispositivo es el conjunto de reglas jurídicas que habrían de aplicarse si no existieran las cláusulas predispuestas, lo que remite a la ley (dispositiva), los usos y la buena fe (art. 1258 CC).

La buena fe es la guía que sirve para tachar de abusiva una cláusula cuando, al haber sido negociada con el consumidor, no responde a sus legítimas expectativas respecto a los derechos y obligaciones que el consumidor podía legítimamente esperar. El control de validez que supone la buena fe está directamente relacionado con el procedimiento empleado para la creación de las cláusulas. Allí donde hay negociación, la buena fe no sirve de parámetro de validez. Pues si hay desequilibrio entre los derechos y obligaciones, si la regla pactada supone una separación importante del derecho dispositivo, ello se debe a la libertad de los contratantes. Sin embargo, en las cláusulas predispuestas no hay negociación del contenido, las cláusulas se imponen al consumidor. En este caso la buena fe sirve para controlar ese contenido. Proporciona el criterio para analizar las razones por las que la cláusula impuesta se separa considerablemente del derecho dispositivo. Como la cláusula ha sido diseñada por el empresario, no es lícito (es contrario a la buena fe) que satisfaga su exclusivo interés, sin tener en cuenta los intereses legítimos de la otra parte. Deben existir otros motivos, al margen del exclusivo interés del empresario, que justifiquen la validez y el mantenimiento de la cláusula. La buena fe impone la protección de confianza legítima del consumidor sobre la realidad del contrato, pues el consumidor "confía" en que el contenido de las cláusulas impuestas no afectará a las reglas básicas de la regulación legal ni pondrá en peligro la obtención del fin del contrato.

El Considerando 16 de la Directiva va en esta línea, y da algunas pistas sobre cómo funciona la buena fe en este ámbito. Señala que la buena fe exige llevar a cabo una evaluación global de los intereses en juego, por lo que necesariamente hay que tomar en consideración los intereses del consumidor y su confianza legítima en que el contrato era adecuado para alcanzar el fin previsto. Y añade que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe "tratando de manera leal y equitativa con la otra parte cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta".

La buena fe a que alude el art. 3.1 de la Directiva (y el art. 82.1 TRLGDCU) no es la buena fe subjetiva. Por eso, no es necesario que el empresario predisponente merezca un reproche –doloso o culposo- para que la cláusula sea abusiva. No es necesario que el empresario pretenda engañar, ni que sepa (o debiera haber sabido, de haber actuado con diligencia) que la regla impuesta en la cláusula se separa de manera importante del derecho dispositivo. Basta con que, de hecho, se produzca ese desequilibro entre los derechos y obligaciones de las partes, y que no haya razón que justifica semejante desviación del derecho dispositivo.

El de cláusula abusiva es un concepto relativo. Para apreciar si es abusiva una cláusula hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, a todas las

circunstancias que concurren en el momento de su celebración, y a las demás cláusulas del contrato (art. 4.1 Directiva). Por eso, no ha de estarse únicamente al contenido de la concreta cláusula cuya abusividad se discute. La abusividad requiere de un control circunstanciado, "intracontrato" y "extracontrato". También esto es una concreción de la buena fe, pues se trata de circunstancias que justifican (o no) la posible separación del derecho dispositivo de manera notable.

Dentro de estas circunstancias hay que considerar las cualidades personales del consumidor. En este sentido, la STS 22.12.2009 tiene en cuenta el perfil de determinados grupos de consumidores (amas de casa, jubilados, labradores, etc.) para concluir que, por carecer de unos mínimos conocimientos financieros, no debía habérseles ofertados productos bancarios de cierta complejidad.

III. El control de la abusividad de la cláusula en la STJUE de 14 de marzo de 2013

La STJCE 14.3.2013 dedica los apartados 65 a 75 a resolver la segunda cuestión prejudicial. Después de indicar las funciones de interpretación que tiene el TJUE sobre el concepto de cláusula abusiva (apartado 66), y de destacar cómo el art. 3.1 Directiva delimita de una manera bastante abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula (apartado 67), dos apartados (68 y 69) se refieren a cada uno de los parámetros. Su texto es el siguiente:

> "Pues bien, tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.
>
> En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que,

> en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto 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".

Estos apartados merecen una reflexión. En relación con el "desequilibrio importante" de los derechos y obligaciones de las partes, la STJUE acierta cuando valora este desequilibrio en comparación con las normas del derecho nacional que le serían aplicables de no existir la cláusula predispuesto (esto es, el derecho dispositivo). Sin embargo, la segunda frase del apartado 68 no tiene mucho sentido, pues es evidente que si la cláusula predispuesta se separa en su contenido del derecho dispositivo, va a dejar al consumidor en peor situación de la que ese derecho dispositivo le otorga. Y para valorar hasta qué punto la cláusula perjudica al consumidor, establece que hay que analizar los medios de que dispone el consumidor para que cese la cláusula abusiva. No alcanzo a comprender el sentido de esta remisión, pues el carácter abusivo o no de una cláusula no depende del modo en el que el derecho nacional prevé su cese.

Las Conclusiones de la Abogado General (Sra. Juliane Kokoit), presentadas el 8 de noviembre de 2012, eran mucho más claras. Establece que para evaluar si una cláusula causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes hay que examinar cómo regula el Derecho nacional esa situación en el supuesto de que las partes no hayan establecido ninguna estipulación (apartado 71). Sólo en el caso de que el consumidor, debido a la cláusula contractual, quede en peor situación que con la aplicación de las normas legales, podrá provocar la cláusula una alteración abusiva de los derechos y deberes contractuales en su detrimento. Pero para que la cláusula sea abusiva no basta con que ésta deje al consumidor en peor situación que la que deriva de la aplicación del derecho nacional (apartado 72). Es necesario que esa peor situación sea contraria a las exigencias de la buena fe.

En relación a las circunstancias para determinar cuándo el desequilibrio es contrario a la buena fe, la STJUE, tras citar el Considerando nº 16 de la Directiva, alude a la voluntad virtual o hipotética del consumidor, o más exactamente, a la estimación que el empresario hace sobre esa voluntad hipotética del consumidor (apartado 69). Lo que debe juzgarse conforme a las circunstancias del caso, tal y como dispone el art. 4.1 de la Directiva (apartado 71).

También sobre este punto es más sólida la argumentación contenida en las Conclusiones de la Abogado General. La cláusula es abusiva cuando el desequilibro es contrario a la buena fe. Así sucede cuando es injustificado (apartado 74). Y "es injustificado cuando los derechos y obligaciones del consumidor se recortan hasta tal punto que quien establece las condiciones del contrato no pueda considerar de buena fe que el consumidor habría dado su consentimiento a tales estipulaciones en el marco de una negociación individual del contrato" (apartado 74). En este contexto, y mediante una apreciación global de todas las circunstancias individuales del contrato (apartado 74), ha de analizarse, entre otras cosas, si las cláusulas contractuales en cuestión son usuales, es decir, si se utilizan habitualmente en contratos comparables en el tráfico jurídico o si por el contrario son inusuales, así como si la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión (apartado 75).

IV. La "voluntad virtual" del consumidor y su apreciación por el empresario en el marco del test de abusividad

De la Directiva y de las Conclusiones de la Abogado General resulta que el carácter injustificado del desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, que es lo que determina la contrariedad a la buena fe, se hace depender de un doble juicio acerca de la voluntad hipotética de las partes. En primer lugar, hay que valorar si el consumidor hubiera aceptado esa cláusula de haber habido una negociación individual entre ambas partes. En segundo lugar, debe analizarse si el empresario podía haber advertido esta circunstancia, de haber tratado de manera leal y equitativa al consumidor. Repárese, además, que la redacción de esta fórmula varía en la STJCE (apartado 69) y en las Conclusiones (apartado 74).

Como puede apreciarse, el juego de esta doble remisión a la apreciación del empresario sobre la "voluntad virtual" del consumidor hace extremadamente difícil resolver cuándo el desequilibrio que instaura la cláusula es injustificado (contrario a la buena fe). Nos volvemos a parámetros puramente subjetivos, difíciles de constatar y acreditar: si el consumidor hubiera aceptado la cláusula de haberla podido negociar, y si el empresario hubiera podido advertir ese hecho, de haber tratado de manera legal y equitativa con el consumidor. Es cierto que el Considerando nº 16 de la Directiva exige al empresario tratar "de manera leal y equitativa" con el consumidor, y tener en cuenta sus "intereses legítimas". Pero de la Directiva no cabe deducir que el test de abusividad, y en particular, el test de contrariedad a la buena fe, tenga que juzgarse confirme a este doble

filtro de la voluntad virtual del consumidor y de la posibilidad de apreciar esa circunstancia por el empresario.

Con ello no quiere decirse que en nuestro derecho la voluntad virtual de un sujeto no pueda ser tomada en consideración para deducir de ello determinadas consecuencias. En el ámbito de la responsabilidad civil médica, por ejemplo, la falta de información acerca de los posibles riesgos del tratamiento o intervención médica origina responsabilidad civil, y el profesional médico tendrá que responder de los daños causados precisamente porque en el caso de autos concurre aquel riesgo del que no se informó. La teoría de la pérdida de oportunidad obliga a preguntarse cómo hubiera actuado el paciente de haber sido debidamente informado sobre los posibles riesgos de la intervención. Y si se concluye que el paciente, con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza, se hubiera sometido a la intervención, los daños causados precisamente por la plasmación de ese riesgo –imprevisible- no son indemnizables. En esta hipótesis, pues, hay que preguntarse qué hubiera hecho el paciente (¿se hubiera operado?) de haber sido adecuadamente informado.

¿Constituye la "voluntad virtual" del consumidor un nuevo test para determinar el carácter abusivo de una cláusula? Creo que la respuesta tiene que ser negativa. Que el consumidor no hubiera aceptado esa cláusula de haber podido negociar con el empresario el contenido del contrato no implica necesariamente que la cláusula sea abusiva. Pues si así fuera toda separación del derecho dispositivo (que teóricamente nunca será aceptada por un consumidor que negocia) se reputaría abusiva. Y además, si así fuera no habría lugar para valorar el carácter "justificado" o no de la separación al derecho dispositivo. Por otra parte, para juzgar si el consumidor hubiera aceptado esa cláusula de haber existido negociación, ha de suponerse que el consumidor conoce el derecho dispositivo. Pero este discurso carece de recorrido, pues el derecho dispositivo es muy escaso casi siempre, y además es ignorado por el consumidor. ¿Qué dice el "derecho dispositivo" de las causas de vencimiento anticipado, del montante de los intereses moratorios o de la cláusula "suelo"? Por lo tanto, es erróneo utilizar el derecho dispositivo como parámetro del umbral de aceptabilidad de la cláusula por el consumidor. En definitiva, lo decisivo no es si el consumidor hubiera aceptado una cláusula de ese tipo de haber existido negociación, sino si la separación del derecho dispositivo en perjuicio del consumidor que instaura la cláusula está o no justificada, conforme a los criterios de la buena fe.

En puridad, el test de la "voluntad virtual" del consumidor, tal y como está configurado en la STJUE, descansa en una apreciación subjetiva del empresario: si "razonablemente" podía estimar, de haber actuado de forma legal y equitativa con el

consumidor, que éste no hubiera aceptado la cláusula de haberse podido negociar el contenido del contrato. Es evidente que el carácter abusivo de una cláusula no puede hacerse depender de la valoración, apreciación, estimación o configuración mental que se haga el empresario sobre la posible actuación del consumidor respecto a la aceptación o no de esa cláusula. Primero, porque a quien alegue la abusividad (el consumidor) le incumbe la carga de la prueba de acreditar esa circunstancia subjetiva que afecta al empresario, que sería extremadamente complicada. Segundo, porque el carácter abusivo de la cláusula variaría según la mayor o menor diligencia del empresario, según que éste se haya hecho una u otra configuración mental sobre la posible actuación del consumidor. Y tercero, porque la aparente apreciación de la abusividad conforme a criterios subjetivos *tendría que reconducirse necesariamente* a parámetros objetivos, lo que llevaría a plantear qué aporta este nuevo test de abusividad que no estuviera ya en la criterio de la separación importante e injustificada del derecho dispositivo.

Por lo tanto, hay que concluir que la buena fe debe entenderse en sentido objetivo, y que la tesis de la "voluntad virtual" del consumidor contenida en la STJUE no puede conducir a una valoración en términos subjetivos del carácter abusivo de una cláusula. En consecuencia, una cláusula es abusiva cuando establece un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, en comparación con el derecho dispositivo, separación del derecho dispositivo que ha de ser injustificada, esto es, ha de obedecer a motivos distintos del exclusivo interés del empresario. Y en ese ámbito la voluntad virtual del consumidor y su apreciación por el empresario nada puede añadir.