



INVALIDEZ E INEFICACIA EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES

Angel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Director del Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla La Mancha

¿A quién compete el juicio de abusividad?

Afortunadamente, la RDGRN 19.4.2006 ha puesto fin al *flirteo* de los Registradores de la Propiedad y el control de contenido de cláusulas sujetas a inscripción. Interpretando correctamente el art. 258.2 LH, la DG sostiene que un Registrador no puede practicar un control de contenido de cláusulas contractuales que no han sido declaradas nulas por una sentencia firme. Por tanto, el control de cláusulas abusivas es una contingencia que no compete al Registrador.

La "introducción de cláusulas abusivas en los contratos" constituye un supuesto de infracción administrativa de consumo, que puede ser sancionada por las CCAA (art. 34.9 LCU). De hecho, ninguna regla relativa al procedimiento administrativo establece una necesaria prejudicialidad civil o una reserva judicial de calificación de abusividad. Las Administraciones autonómicas de Consumo pueden practicar por su propia cuenta el juicio de abusividad de los arts. 10 y 10 bis LCU. En último extremo, será la jurisdicción (contenciosa) la que ejerza el control de contenido, si el particular recurre. Pero con la particularidad de que la jurisdicción contencioso administrativa (tampoco la Administración) no tiene como cometido asegurar o promover la justicia contractual, sino determinar en exclusiva la aplicación abstracta de las normas. Por esta razón, la Administración y la Jurisdicción contencioso administrativa realizan un juicio de procedencia del carácter abusivo de la cláusula, pero no realizarán un proceso de anulación+integración+moderación como el contenido en el art. 10 bis 2 LCU. Y como no *anulan* cláusulas, tampoco tendrán ni podrán realizar una interpretación abstracta contra proferentem ni podrán, en sentido inverso, realizar un control abstracto *desfavorable* al consumidor, para así tener elementos de juicio suficientes para declarar la nulidad.

Paradigmas.

Si repasamos la norma primordial contenida en el art. 10 bis LCU, comprobamos cómo se utilizan dos paradigmas de concreción del control de abusividad, ninguno de los cuales es el Derecho dispositivo como tal. El primer paradigma es la "contrariedad a la buena fe" y el segundo es el "desequilibrio importante de derechos y obligaciones" en perjuicio del consumidor. Cabría pensar entonces que no basta la elusión de la norma dispositiva, supuesto que ello no alcance todavía una conducta calificable de abusiva; es decir, cabe pensar en círculos concéntricos sucesivamente más amplios que permitieran una elusión del Derecho dispositivo que no mereciera reproche de mala fe o de falta de equilibrio "importante" entre los derechos de las partes.

Pero tampoco se entendería entonces el juego conjunto de los dos paradigmas. ¿No bastaría una elusión del derecho dispositivo que causara un "desequilibrio importante" de los derechos del consumidor, sin necesidad de exigir adicionalmente



un reproche de violación a las reglas de la buena fe? ¿No sería en el fondo lo mismo el predicado de contrariedad a la buena fe y el predicado de “desequilibrio importante”? ¿No es ya la elusión de la norma dispositiva, con “desequilibrio importante” una infracción de las exigencias de la buena fe? ¿Cabe que se produzca una situación contraria a la buena fe contractual que no se concrete en un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes? ¿No será acaso la buena fe un *estándar de primer grado*, y el “desequilibrio importante” un *indicio de la elusión del estándar principal*? ¿Y qué decir de las cláusulas contenidas en la DA 1ª LCU? ¿Serán *indicios de producción del supuesto del estándar secundario* o también *indicios de elusión del estándar principal*? Se dirá que ello no tiene ninguna importancia, porque tales cláusulas son nulas “en todo caso”. Mas no es así. La mayoría de ellas sólo son nulas *tras un proceso de ponderación* de conceptos jurídicos indeterminados y valorativos (“excesivamente largo”, “motivo válido”, “desproporcionadamente breve”, razones objetivas”, “forma inadecuada”, “garantías desproporcionadas”). ¿Desde dónde realizamos la ponderación? Pues podemos partir del concepto genérico de buena fe o podemos hacerlo desde el de “desequilibrio desproporcionado”.

En rigor, la interrelación entre los niveles a que nos estamos refiriendo puede racionalizarse de la siguiente forma:

1. Son nulas sin más las cláusulas contenidas en la lista de la DA 1ª y que la propia DA 1ª no someta a un test de ponderación circunstanciada.
2. Son nulas en general las condiciones generales y las cláusulas predispuestas que establezcan un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, si este desequilibrio no deriva sin más del Derecho dispositivo.
3. Las cláusulas de la DA 1ª que están sujetas a mandato de ponderación circunstanciada no son presunciones de abusividad, sino simple *identificación de lugares donde estadísticamente suele producirse este desequilibrio*. En efecto, no es que un “plazo excesivamente largo” en el sentido de la regla 1ª presuma abusividad de la cláusula o que lo haga la “ausencia de motivos graves” en la regla 2ª o la “desproporción” de la regla 3ª, o la “forma inadecuada” en la regla 9ª, etc. Pues lo “excesivo” (grave, desproporcionado, inadecuado, etc) no es el principio del argumento, sino su resultado, al que sólo se adviene después de la ponderación. Si ya desde el principio se pudiera saber que el plazo es “excesivo” no sería necesaria ni la presunción ni la ponderación: la cláusula sería *negra* sin más. Pero si no se puede saber, no puede existir presunción alguna, salvo que se presumiera que todo plazo es (salvo prueba contraria) “excesivamente largo”; que no es lo que dice la norma.
4. Existe un espacio imaginable para una cláusula contraria a la buena fe contractual que no fuera a su vez una cláusula causante de un importante desequilibrio de derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor: una cláusula que produjese un desequilibrio importante *a favor* del consumidor y fuera contraria a la buena fe contractual. Pero estas cláusulas no son objeto de consideración por la LCU, supuesto que pudieran producirse en el mundo de los hechos.



5. Fuera de este espacio irreal, no hay posibilidad de predicar contrariedad a la buena fe contractual que no suponga también un desequilibrio importante en perjuicio del adherente.

Derecho dispositivo

La doctrina suele dar por correcta la siguiente valoración sobre la relación entre Derecho dispositivo y control de contenido de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas. La norma dispositiva contiene una regla que expresa una valoración imparcial de los intereses de las partes y de ahí su importancia como paradigma para juzgar el contenido de las condiciones generales, pero también contiene una previsión sobre la posibilidad de otra reglamentación aconsejada por las circunstancias que las partes valoraran. Corresponde apreciar desde las exigencias de la buena fe si entre esas circunstancias ha prevalecido el interés del predisponente, de manera que se haya establecido una regla desequilibrada, comparada con la prevista por la norma dispositiva en perjuicio del consumidor, en cuyo caso la cláusula predispuesta será declarada abusiva.

La mención exclusiva de normas imperativas o prohibitivas como parámetros de control de contenido en la contratación entre profesionales (art. 8 LCGC) obliga a concluir que no se puede sostener que las normas de derecho dispositivo limiten el contenido de las condiciones generales en el ámbito entre profesionales, al igual que tampoco puede sostenerse que se aplique la cláusula general legal prevista para los contratos entre consumidores. La LCGC no ha incorporado una cláusula similar a las de los artículos 10 bis y 10.1 c) de la LCU y solo reconoce como nulas las que contravinieran normas imperativas o prohibitivas, por lo que niega el control específico de las CGC en la contratación entre empresarios¹. Pero, mucho más allá de eso – que simplemente se limitaría a destacar la superfluidad de la norma- lo que ésta afirma implícitamente es que, salvo disposición legal mediante una cláusula especial de *supereficacia* (como la del art. 10 bis LCU), *el derecho dispositivo es insusceptible de servir de estándar de validez de los acuerdos negociales*. El derecho dispositivo es neutro en la proposición de valores de la contratación.

Pero si bien se observa, en la LCU el estándar de control de contenido es la abusividad en cuanto tal, y en ningún caso se dice – y en el art. 8 LCGC se desmiente- que el derecho dispositivo sea en general un parámetro equivalente al de abusividad, excepto en las cláusulas listadas en la DA 1 LCU a la que ahora nos referimos.

Las únicas cláusulas de la lista de la DA 1ª LCU que plantean de modo directo el valor conformador de la abusividad que deba atribuirse al Derecho dispositivo son las cláusulas 9º a 11º. Pero ello de un modo incoherente y parcial. En la regla 9ª no es abusiva la cláusula que excluya o limite los remedios y acciones (Derecho dispositivo) del consumidor ante el incumplimiento del predisponente, sino la que lo hace “de forma inadecuada”. Lo mismo cabe decir de las cláusulas contractuales que modifiquen el Derecho dispositivo relativo a la resolución por incumplimiento (nº 12): qué estándar distinto y suplementario del Derecho dispositivo es el que

¹ Salvo que se practique un control abstracto de cláusulas contractuales, en cuyo caso, como demostró la SAP Madrid 29.3.2006, La Ley 6544, es indiferente la naturaleza profesional de los eventuales destinatarios, siempre que se trate de contratos, como el de seguro, susceptibles de ser celebrados por consumidores.



puede usarse para determinar si la restricción de derechos es “inadecuada”. Es decir, *existe un estándar suplementario de abusividad*, y el Derecho dispositivo sin más es incapaz de surtir de suyo de reglas de control de contenido. La cláusula 10ª es inconsistente e indecisoria. Su inciso primero puede ser leído de tal forma que todo el derecho dispositivo relativo a la indemnización de los daños por incumplimiento contractual constituye estándar directo de abusividad. Pero una segunda lectura hace pensar que se trata sólo de una especial protección frente a los daños personales. Por lo demás, el segundo inciso de la cláusula 10ª es indecisorio como consecuencia de una restricción inmotivada: ¿por qué sólo lo relativo a la liberación por cesión incontestada del contrato, que además, ni tan siquiera forma parte del Derecho dispositivo legislado? Finalmente, la fórmula final (“si puede engendrar merma de las garantías de éste”) o no significa nada distinto de lo dicho, o vuelve a remitir a un estándar suplementario de control que está más allá del Derecho dispositivo. El mismo reproche de infrainclusivo e inmotivado puede hacerse a la regla 11ª: ¿por qué el derecho dispositivo referido a la compensación de créditos o al derecho de retención, tan sólo? ¿Es que no se puede decir lo mismo del Derecho dispositivo relativo a la imputación de pagos, a la subrogación por pago, etc?

Solamente la cláusula 14ª parece conclusiva. Toda “renuncia o limitación” a los derechos de los consumidores hace abusiva la cláusula en que se contenga. Mas es evidente, y así lo han dado a entender los comentaristas, que no puede ser éste el alcance de la regla, pues en tal caso sobrarían, serían redundantes o contradictorias, el resto de las cláusulas consideradas en la DA 1ª. Claro que se está refiriendo a los derechos *específicos* de los consumidores contenidos en normativa sectorial de consumo (incluida la propia LCU). Mas en tal caso el resultado es desesperanzador, y supone un regreso a las carencias del art. 8 LCGC. Pues, salvo casos marginales, todo el elenco de derechos específicos de consumidores contenidos en la normativa sectorial es imperativo. La nulidad de las cláusulas limitativas provendría de este hecho principal, y no de un control adicional de contenido practicado a partir de un limbo existente entre el Derecho imperativo puro y el Derecho dispositivo meramente *neutral*.

Por lo tanto, incluso entre consumidores, y salvo las menciones singulares a que se ha hecho referencia, el pacto contrario a norma dispositiva no es sin más una cláusula contraria a la buena fe ni una cláusula que cause un desequilibrio importante de derechos y deberes de las partes.

El debate sobre el control de los elementos esenciales del contrato. Exposición.

Nuestra ley no ha traspuesto el contenido del artículo 4.2 de la Directiva, conforme al cual el control de contenido no se extiende 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 una manera clara y comprensible. Esta ausencia plantea el problema de si el control de contenido puede referirse a un desequilibrio contractual relativo a los elementos esenciales del contrato.

Por la respuesta positiva, se ha dicho que la Directiva es de mínimos; por tanto, cada Estado puede aumentar la protección al consumidor. Pero hoy la opinión que defiende el control sobre estos elementos es minoritaria. Probablemente el ejemplo paradigmático de esta doctrina lo constituya la SAP Asturias 9.7.2004, AC 2004, 1163, relativa a los intereses remuneratorios de un crédito al consumo.



Por la negativa se aduce que en el ámbito para el que la Directiva establece el control cabe una protección superior, pero el control no puede extenderse a un campo en el que la Directiva ordena dejar libre de control; es decir, que la Directiva contendría en este punto un mandato negativo y excluyente del control de contenido. La finalidad de uniformidad del mercado que la Directiva persigue se vería frustrada si en un punto tan importante nuestra ley estableciera un control. Al respecto se aducen argumentos suplementarios, como por ejemplo que los elementos esenciales del contrato (básicamente precio) no son objeto de adhesión, sino que se consienten; o que un control de esta clase atentaría a la libertad de mercado. Especialmente se destaca que- a diferencia de la norma contenida en la versión original de la LCU/1984- el artículo 10 bis establece que el control se refiere a los derechos y obligaciones de las partes y no al equilibrio de las contraprestaciones. De esta forma, los acuerdos sobre los elementos esenciales quedarían excluidos del control en cuanto sean objeto de acuerdos individuales, por disposición expresa de la ley (art 10.1 y 10 bis al exigir que no hayan sido negociados individualmente). Si se contienen en condiciones generales o en cláusulas individuales predispuestas, quedarían excluidos del control por una interpretación integradora de la LCU con el artículo 4.2 de la Directiva, corroborado con el texto de los artículos 10.1 c) y 10 bis, que no hablan de contraprestaciones, sino de derechos y obligaciones. A todo ello también ayudaría la dicción del artículo 1.2 de la LCU, que proclama el mantenimiento de los principios de la economía de mercado de acuerdo con la CE. No obstante, estarían sometidas a control de contenido las condiciones generales o cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales si no son claras y comprensibles. La regla de la prevalecia de los acuerdos individuales sobre las condiciones generales y la censura de las cláusulas sorprendentes, aunque la ley no las recoja expresamente, pueden contribuir a eliminar condiciones predispuestas que modifiquen o alteren los elementos esenciales, tal y como al predisponerte consta que el cliente se los representó, o tal como este tuvo razones suficientes para representárselos. En conclusión, es hoy doctrina más común que las cláusulas individuales predispuestas y las condiciones generales que incorporan elementos esenciales están excluidas del control de contenido, pero sometidas al control de inclusión y transparencia.

Hay otros (ALFARO, PAGADOR) que rechazan incluso el control de transparencia de las condiciones generales o cláusulas predispuestas de los elementos esenciales, alegando que por regla general, los adherentes dirigen suficiente atención a esos elementos y por ello no es preciso ese control.

Según PAGADOR, no todas las cláusulas que guarden alguna relación o afecten de cualquier forma a los elementos esenciales dejan de hallarse incluidas en el ámbito de aplicación de los artículos 10 y 10 bis de la LCU. Lo que sucede es que solo dejan de considerarse impuestas en sentido legal aquellas cláusulas que regulan o conciernen *sustancialmente* los elementos esenciales del contrato. Las reglas 2º apartado 2, 7º y 22º de la DA 1ª LCU se refieren al precio y a las cláusulas sobre precio, pero no estarían excluidas de control, por tratarse de determinaciones periféricas relativas a los *essentialia negotii*.

Estarían sometidas a control las siguientes cláusulas *afectantes* al precio:

1. Las que permitan al predisponerte modificar los elementos esenciales. Así la variabilidad de los tipos de interés, (regla 2) o la fijación del precio con relación a un día determinado (regla 7).



2. Las que contengan limitaciones o modificaciones de los acuerdos relativos a las prestaciones principales, bien sean expresos, bien tácitos, o incluso resultado de una integración conforme a lo que razonablemente se podría esperar el adherente. Así en los contratos de seguro, la delimitación del riesgo que no se corresponda con el tipo de seguro o imagen que del mismo se haya podido legítimamente representar el adherente.
3. Las que fijan el interés remuneratorio por meses y no por años, cuando resulta una cantidad excesiva (SAP Madrid, Secc. 21ª, 7 abril 1999 [AC 1999, 1671]).
4. También las cláusulas que contengan suplementos que supongan un incremento del precio por servicios o prestaciones accesorias, financiación, aplazamientos o recargos. Según la regla 24ª, son abusivas si esos suplementos o recargos no son susceptibles de ser aceptados o rechazados con la debida claridad o separación.
5. Eventualmente- si son abusivas- as cláusulas que establezcan adaptaciones de los precios a nuevas circunstancias en los contratos de larga duración.
6. Eventualmente- si son abusivas- as que determinan las condiciones del pago del precio.
7. Eventualmente- si son abusivas- las que regulen el modo y manera de cumplir la contraprestación.
8. Las que autorizan al empresario a realizar bajo determinadas circunstancias ciertos trabajos no acordados sin autorización previa del comitente.
9. Las que reservan al promotor alteraciones en los elementos comunes de la propiedad horizontal.
10. Según alguna jurisprudencia de Audiencias, las cláusulas sobre abono del importe de la enseñanza en periodos de vacaciones.
11. En un caso resuelto, la cláusula sobre el abono de mensualidades de estancia en residencia geriátrica, pese al fallecimiento el primer día del mes.
12. Las que se refieren a la tasa de los intereses moratorios².

1. ² Es nula la cláusula de una póliza de préstamo al consumo que establece un interés nominal de demora del 29 por 100 anual (SAP Asturias, Secc. 4ª, 14 abril 2000 [AC 2000, 1008]) o del 34 % (SAP Lleida, Secc. 2ª, 14 enero 2002 [AC 2002, 181]) "por ser totalmente desproporcionado, no ya en las fechas actuales sino también al tiempo en que se concertó, para lo basta con confrontarlo con el interés legal del dinero que para el año 1995 estaba fijado en el 9 por 100". En el mismo sentido se expresa la jurisprudencia que conoció de un contrato de financiación en el se incluía una estipulación de un interés moratorio mensual abusivo (0,36% mensual que equivale a un interés anual efectiva del 26,033%). La sentencia indica que la estipulación del citado interés moratorio infringe la LGDCU por dos motivos: a) primero, porque no se informa al cliente a qué interés anual efectivo equivale dicho porcentaje; segundo, porque tal interés debe reputarse abusivo y totalmente desproporcionado en relación con el compensatorio pactada por el aplazamiento ordinario (SAP Asturias, 22 enero 1993 [AC 1993, 32]).



13. Las cláusulas relativas al pago de impuestos y tasas. Las SSAP Palencia 21.1.1994 y 4.11.1998 afirman que debe tacharse de sorpresiva la inclusión en la escritura a instancia del vendedor de la cláusula que carga al comprador con el pago del impuesto sobre plusvalía, sin que nada se hubiese pactado previamente al respecto.
14. Las que ponen a cargo del comprador los intereses del préstamo hipotecario solicitado por el vendedor devengados con anterioridad a la compraventa, así como los gastos de cancelación del préstamo hipotecario concertado por la entidad vendedora para la construcción del inmueble.
15. Las que establecen el redondeo de los tipos de interés, según jurisprudencia ya asentada.
16. Las que establecen el derecho a la remuneración de un mediador, aunque no hubiera mediado (SAP Tarragona 1.2.2001).
17. Eventualmente, la duración de un contrato de servicios. La jurisprudencia de las Audiencias es abundante y contradictoria. Como es sabido, el asunto relativo a los contratos de mantenimiento de ascensores constituye la piedra de toque de la jurisprudencia relativa a las cláusulas de duración contractual y, consecuentemente, a las cláusulas penales vinculadas al incumplimiento de estos plazos. La jurisprudencia está hoy dividida, y no existe una línea predominante. Seguramente porque cada sentencia está soportada en la particularidad del caso; especialmente, en el momento en que la comunidad de propietarios quiere desistir del contrato, dándose mucha importancia a si este desistimiento tiene lugar en una fase avanzada del contrato, en un período de prórroga o en una fase relativamente temprana de la relación de servicios.

Algunas digresiones jurisprudenciales sobre este extremo

Afectación al precio versus regulación del precio // elemento típico o eventualidad de la ocurrencia del supuesto

Elegimos como "sentencia estelar" la SAP Madrid 8.9.2005, AC 2005/1554, relativa a la cláusula de "redondeo" por fracción temporal en el precio de los aparcamientos públicos.

La [Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril](#), cuya incorporación al Derecho español fue la finalidad de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y de la modificación del artículo 10 de la [Ley General de Consumidores y Usuarios](#), establece en su artículo 4.2: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá ni 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». Esta exclusión se suprimió durante la tramitación en el Congreso de la Ley nacional, al aceptarse la enmienda 71 que justificó esta supresión con el argumento de que «el objeto principal y el precio



puedan ser abusivos como es el caso de algunos contratos de préstamos con tipos TAE de más del 30%. Hacer que el coste no pueda ser abusivo supone una gran indefensión de los consumidores». Ahora bien, como alegan parte de las demandadas apelantes, esta supresión no puede considerarse más que un olvido del legislador de la existencia de una legislación nacional sobre la usura, sin incidencia en la aplicación directa del citado precepto comunitario, so pena de entender que el legislador español quiso apartarse en este extremo de los términos de la Directiva, en una materia que atañe directamente a la política económica fijada por los criterios de la Comunidad Europea, como es la relativa a la fijación de los precios. Por otra parte, como sostiene la doctrina y las demandadas apelantes, el control judicial de la justicia o razonabilidad de los precios y las prestaciones con carácter general y con base en una cláusula general como es la «contrariedad a la exigencia de la buena fe» (artículo 10 bis.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) y para toda clase de contratos referidos a toda clase de productos y servicios será inconstitucional por atentar contra los artículos 10.1 y 38 de la CE, pues la determinación del contenido del contrato ya no quedaría en manos de las partes, sino en manos del juez, quedando vacía de contenido la libertad contractual. Por ello, la [Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación](#) ha de interpretarse conforme a la [Constitución](#) y ello supone interpretar la Ley española de conformidad con la Directiva integrando en la primera el contenido del artículo 4.2 de la segunda, ya que el hecho de que se trate de una directiva de mínimos no permite a los legisladores nacionales alterar sustancialmente el modelo jurídico-económico comunitario pues los fines perseguidos por la armonización se verán puestos en peligro si la legislación estatal pudiera entender el control del contenido ilimitadamente, porque no se puede establecer un modelo distinto al consagrado; la Ley nacional, al ser la norma comunitaria una directiva de mínimos (nivel mínimo de protección), puede proteger más al consumidor (artículo 8 de la Directiva transpuesta), y así lo hace cuando amplía el concepto de consumidor (confrontación del artículo 2.b) de la Directiva y artículo 1.2 de la [Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios \[RCL 1984, 1906 \]](#) o aumenta la relación de cláusulas abusivas (Disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) respecto de la lista que figura en el Anexo de la Directiva, pero no cabe la alteración sustancial del modelo jurídico-económico comunitario.

Lo anterior no impide, como han sostenido algunos comentaristas de la [Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación](#), un control de contenido de algunos aspectos relativos a los elementos esenciales del contrato, como la forma de determinación del precio cuando ésta sea arbitraria en perjuicio del usuario o consumidor sin justificación objetiva, pues el Anexo de la Directiva relaciona como cláusulas abusivas alguna que afecta a la forma de estipular el precio (apartado 1. letra I) que se corresponde con la definida en el apartado 7º, párrafo primero, de la disposición adicional primera.1, de la [Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios](#) (a los efectos del artículo 10 bis), relación que constituye una enumeración indicativa no cerrada, de modo que, aunque el supuesto de hecho litigioso no coincida con el previsto en ella, permite sostener que existe posibilidad de control si el procedimiento de fijación del precio es abusivo e injustificado, no del precio en sí. Y es desde esta perspectiva desde la que ha entenderse la cita del apelado de las sentencias que han considerado abusiva la cláusula de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios suscritos a tipo de interés variable (entre otras, sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11ª, de [10 de octubre de 2002 \[AC 2002, 1417 \]](#) y de Baleares, de [17 de marzo de 2003 \[AC 2003, 1624 \]](#)), que a pesar de «afectar» a la determinación del importe a devolver por el



consumidor a la entidad bancaria por el dinero prestado, no se considera un elemento esencial del contrato y someten la cláusula de cálculo al control de contenido conforme a la [Ley 7/1998](#) sobre Condiciones Generales de la Contratación, y por remisión al artículo 10 y 10 bis de la [Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios](#) .

DÉCIMO Llegando a este punto procede determinar: si la cláusula «o fracción» (redondeo por exceso o al alza sobre las fracciones inferiores a la hora o media hora, esto es, inferiores a la unidad de medida del tiempo real en función de la cual se determina el precio) delimita un elemento esencial del contrato, es decir, regula el precio, con la particularidad de que existe reconocimiento legal de la libertad para su fijación y, por ello, no queda sujeta al control de contenido específico conforme a la [Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación](#) y a la [Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios](#) , al entenderse aplicable directamente, por lo antes expuesto, el artículo 4.2 de la [Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril](#) y quedar al margen de ese control, en lo que atañe a su posible carácter abusivo; o si no delimita un elemento esencial del contrato limitándose a «afectarle» sin «regularlo» directamente, en cuyo caso quedará sujeta al control conforme a las Leyes antes citadas y al enjuiciamiento sobre su posible carácter abusivo, ya que lo que queda al margen de dicho control de contenido es únicamente la adecuación entre el precio que debe abonar el usuario o consumidor y los servicios o bienes que recibe como contraprestación; exención de control que descansa en la inexistencia de norma que establezca el derecho al justo precio, acorde con el sistema económico de mercado consagrado en el artículo 38 de la [CE](#) y, en el contrato de aparcamiento, en el artículo 3.1.d) de la [Ley 40/2002, de 14 de noviembre](#) , que establece la libertad en la determinación del precio.

Son condiciones generales de la contratación las cláusulas ya preparadas previamente, predispuestas por un profesional para ser utilizadas en la contratación propia de su actividad profesional o empresarial e impuestas por dicho profesional a sus clientes en los contratos que celebre (artículos 1 y 2.1 de la [Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación](#)). El requisito de la imposición se concreta en la inexistencia de una negociación individual, como resulta del artículo 2.1, así como de los párrafos 5º, «in fine», y 7º, «in fine», de la Exposición de Motivos de la misma Ley. La adhesión es consecuencia de la imposición, esto es, de la falta de negociación individual. No existe negociación individual de una cláusula cuando el adherente no haya podido influir sobre su contenido (artículo 3.2 de la [Directiva 13/93/CEE](#)). La cláusula litigiosa es una clara condición general de la contratación al concurrir los elementos de predisposición e imposición, ya que el usuario se limita a adherirse. Ya hemos dicho que según los artículos 1 y 3.1.d) de la [Ley 40/2002](#), que regula el régimen jurídico aplicable a los aparcamientos, el contrato de aparcamiento es aquella relación contractual en virtud de la cual una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular, para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de «ocupación», a cambio de un «precio determinado libremente en función del tiempo de estacionamiento».

Lo que persigue el usuario cuando acude a un aparcamiento público es estacionar su vehículo y su custodia y vigilancia por un espacio de tiempo variable y abonar un precio conforme al tiempo real que dura el estacionamiento, no una cantidad adicional por un tiempo de estacionamiento ficticio hasta completar la unidad de tiempo tomada en consideración por el empresario para fijar el precio, que es lo que acontece con la clausura litigiosa. El precio determinado por el tiempo de



estacionamiento al que se refiere la Ley 40/2002 es el tiempo de estacionamiento real, de efectiva ocupación del espacio que facilita el empresario, como se deduce del término «ocupación» que emplea el artículo (tiempo de ocupación) y delimita temporalmente los deberes de custodia y vigilancia; en definitiva, desde su introducción al garaje hasta su salida.

Por ello, consideramos, como ha considerado el juez de primera instancia, que elemento esencial según la Ley es el precio fijado en función del tiempo de estacionamiento real o efectivo, al menos en la modalidad de aparcamiento más habitual (estacionamientos inferiores a un día), en la que lo pretendido es un estacionamiento en un espacio acotado, bajo vigilancia y custodia de la empresa titular de forma transitoria y puntual (mientras se realiza una compra, una gestión, un trabajo, etc.), distinta de aquellas otras modalidades en las que dicha custodia y vigilancia en espacio cerrado se concierta por períodos temporales prolongados y periódicos (semanas o meses), en las que lo pretendido es la disponibilidad de la plaza de garaje, con independencia del tiempo en que efectivamente se estacione el vehículo, o del número de veces que se entre o salga del recinto, que no da lugar a un pago adicional, circunstancia que no concurre con la modalidad primera. Modalidades diversas que precisamente tienen su cobertura en el artículo 3 de la Ley 40/2002, al establecer la obligación del titular del establecimiento de entregar al usuario un justificante o resguardo de aparcamiento con expresión del día y hora de la entrada, cuando ello sea determinante para la fijación de precios.

Las distintas modalidades no pueden ser tratadas de igual forma, ni pueden extraerse consecuencias de una que no son válidas para la otra en perjuicio de los usuarios, ni cabe considerar elemento esencial del contrato la forma de determinación del precio en los términos que figuran en la cláusula litigiosa, «o fracción», para eximirla del control de contenido, porque esencial y exento de control, en la modalidad contractual considerada, es la ecuación precio-tiempo real o efectivo de estacionamiento, y por tanto, accesorio o no esencial, el incremento ficticio de ese tiempo en un lapso temporal hasta alcanzar la unidad de medida de tiempo considerada para fijar el precio.

Por último, la consideración como accesorio de la cláusula «o fracción» está amparada en otro argumento alegado por el organismo actor, cual es, que, al menos teóricamente, su aplicación tiene carácter eventual porque si el estacionamiento dura la unidad de tiempo completa (una hora o media hora) no entrará en juego la cláusula «o fracción», que supone que ha de satisfacerse la unidad de tiempo completa (hora o media hora) aunque sólo se haya ocupado la plaza de aparcamiento un minuto. Aquellos supuestos serán los menos, pero pueden existir y, por tanto, puede no tener que acudir al mecanismo de la adición ficticia complementaria, lo que permite sostener que la cláusula «o fracción» no es elemento esencial del precio, que puede ser estipulado perfectamente sin su aplicación, con arreglo a otros parámetros.

Lo anterior no incide en absoluto en la libertad de precios reconocida legalmente, ni se entra a controlar la justicia o razonabilidad de los precios; los precios pueden tener el alcance que libremente fije el empresario en función del tiempo de ocupación real y efectivo de la plaza de aparcamiento y ello previa valoración de los tiempos de rotación y demás circunstancias que el empresario considere oportuno valorar con el fin de obtener lo que es lícito en el mercado, los beneficios. Se controla una condición general que afecta al precio pero no lo regula. Es legítimo y



consustancial a un sistema de economía de mercado consagrado en el artículo 38 de la [CE](#) la obtención de beneficios, pero siempre que no sea a costa de los legítimos intereses económicos de los consumidores, que por imperativo del artículo 51 de la CE deben los poderes públicos proteger (de ahí la improcedencia de citar como infringido el artículo 9.3 de la CE), teniendo presente que es un principio que inspira el derecho comunitario el de la «protección de los intereses económicos de los consumidores», conforme al cual los adquirientes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos (considerandos octavo y noveno de [Directiva 93/13/CEE](#)).

¿Porque es elemento accesorio del precio o porque no pudo consentir?

El supuesto discutido es el mismo que el de la sentencia anterior, pero la sentencia del Juzgado Mercantil Alicante 3.1.2005, AC 2005/35 parece añadir una consideración nueva: más allá de que se trate de factor sustancial o accesorio en la determinación del precio, la realidad es que las cláusulas de "hora o fracción" no son válidas porque de hecho no se consienten.

Pero lo anterior no es incompatible, como han mantenido algunos comentaristas de la Ley, con un control de contenido de aspectos como la forma de determinación del precio cuando ésta sea arbitraria en perjuicio del consumidor sin justificación objetiva. Y expresamente contempla el Anexo de la Directiva como cláusulas abusivas algunas que afectan a la forma de estipular el precio (apartado 1, 1) que se corresponden con las recogidas en el apartado 7º párrafo primero del art. 10 bis de la [Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios](#), listado que constituye una enumeración ejemplificativa y no cerrada, por lo que, aunque no tenga propiamente encaje el supuesto de hecho que analizamos en el previsto en ellas, lo relevante es que pone de relieve que sí existe posibilidad de control si es abusivo y no justificado el procedimiento de fijación del precio, no el precio en sí. Y así lo ha entendido la jurisprudencia al considerar abusiva la cláusula de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios suscritos a tipo de interés variable (entre otras Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de [10 de octubre de 2002 \[AC 2002, 1417\]](#) y de Baleares de [17 de marzo de 2003 \[AC 2003, 1624\]](#)), que a pesar de afectar a la determinación del importe a devolver por el consumidor a la entidad bancaria por el dinero prestado, no lo considera un elemento esencial del contrato y en consecuencia dicha cláusula de cálculo la somete al ámbito jurídico de control de contenido de la [Ley 7/1998](#) sobre condiciones generales de la contratación, y por remisión a los arts. 10 y 10 bis de la LGDCU.

TERCERO Partiendo de que la diferencia entre elementos esenciales y accesorios, que procede de la doctrina alemana de cuya Ley es tributaria la española, es dificultosa, entendemos que no concurre en la cláusula que nos ocupa -fijación del importe del aparcamiento por hora/fracción- la razón que justifica la exención del control de contenido en los elementos esenciales. Esta exención se basa en que respecto del objeto y precio del contrato el consumidor dispone de libertad, de una alternativa razonable, ya no tanto de negociar en el sentido de «regatear», si cuanto menos de seleccionar otra opción alternativa y transparente. No parece que tal facultad de selección se efectúe en el caso de la cláusula litigiosa que nos ocupa, entre otras razones por la utilización por la inmensa mayoría de los aparcamientos de este sistema de cálculo, unido al hecho de que, de facto, se produce una



patología concurrencial en la medida que no hay dos aparcamientos en el mismo sitio, calificado por algunos como verdadero «monopolio local» y por ende, los consumidores no tienen poder de selección, unido a la urgencia y necesidad que en muchos casos existe de servirse de estos aparcamientos públicos por la especial dificultad de estacionar en las vías públicas, por lo que, en definitiva, no puede afirmarse que sea fruto de la libertad contractual de las partes este sistema de fijación de precios por hora o fracción.

Elemento esencial y "Leitbild" del Derecho imperativo contextual: créditos moratorios

El texto que sigue corresponde a la SAP Asturias 30.12.2004, AC 2005/157. Se trata de una selección entre las muchas resoluciones judiciales que realizan el mismo argumento: si una norma legal limita la cuantía del interés exigible en un caso, ¿qué razón hay para que un tribunal no pueda hacer lo propio mediante una aplicación analógica, a pesar de la restricción del art. 4.2 de la Directiva?

El segundo motivo invocado es el relativo a las cláusulas abusivas. Sostiene la recurrente que el tipo de interés de demora estipulado en el préstamo personal es superior al permitido legalmente, concretamente al establecido en la [Ley de Crédito al Consumo](#), legislación que reputa aplicable, oponiéndose a su aplicación la ejecutante.

La Sala discrepa de la alegación de la parte ejecutante, pues el tema del interés lo ciñe la parte apelante al préstamo personal, no al préstamo con garantía hipotecaria, razón por la que al primero no le puede ser aplicado lo preceptuado en el n° 2 del art. 2 de la Ley de Crédito al Consumo, que expresamente establece «Las disposiciones de los arts. 6 a 14 y 19 no se aplicarán a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria»; luego «a contrario sensu» sí se aplicarán los citados artículos a los contratos de crédito no garantizados con hipoteca inmobiliaria. Y por la que se refiere a la cuantía del crédito concedido el mismo no excede de los 20.000 euros a que se refiere el n° 1 ap. A) del art. 2 de la citada Ley, pues el préstamo concedido, lo fue de 18.342,66 euros, y aunque el límite referido se estableció en virtud de la modificación operada por la [Ley 62/2003](#), fijándose el anterior límite en 18.000 euros, en todo caso a estos créditos les era aplicable el capítulo de la Ley en el que se comprende el art. 19.4 relativo al tipo de interés.

Sentado lo anterior, hemos de señalar que el interés de demora establecido en el 28% se reputa abusivo, y así esta Audiencia Provincial, en el [auto de 30-10-03 \(JUR 2004, 49616\)](#) de la Sección 4ª, en un supuesto de ejecución de título no judicial declaró, «pero no cabe desconocer que la entidad prestamista reclama el abono de los intereses moratorios al tipo pactado desde la fecha de la liquidación y cierre de la cuenta, una vez calculado su importe, y que el tipo del 29 por 100 excede del máximo fijado en el artículo 19-4 de la [Ley de Crédito al Consumo](#), que señala que para los créditos que se conceden en forma de descubiertos en cuenta corriente no podrá imponerse un tipo de interés superior al 2,5 veces el legal de dinero, pauta o criterio que esta Sala viene aplicando analógicamente a contratos como el de autos, que la propia parte prestamista calificó en el encabezamiento como «Póliza de Préstamo al Consumo»; de modo que por aplicación de tal precepto en relación con el artículo 10 bis número 2 y Disposición Adicional Primera número 20 de la [Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios](#), la



cláusula relativa al devengo de los intereses moratorios debe considerarse nula e integrarse con arreglo a lo previsto en el artículo 1258 del [Código Civil](#); señalando prudencialmente como tipo aplicable para el cálculo de los intereses moratorios a partir de la fecha de la liquidación y cierre de la cuenta el establecido en el precepto legal citado, lo que ha de traducirse en la estimación parcial de la oposición a la ejecución y del presente recurso, extendiéndose el acogimiento del motivo de oposición respecto de los ejecutados no comparecidos, responsables solidarios de la deuda reclamada, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta ([Sentencias de 17 de julio de 1984 \[RJ 1984, 4075\]](#) y [13 de febrero de 1993 \[RJ 1993, 768\]](#), entre otras)».

Criterio el expuesto que, ante un supuesto en que el interés de demora se estableció en el 27,5%, observamos igualmente en el [auto de la Audiencia Provincial de Cáceres de fecha 21-1-04 \(JUR 2004, 53053\)](#), o ante un interés de demora del 29%, en el [auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 31-1-03 \(JUR 2003, 75980\)](#), o en la [sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18-1-02 \(JUR 2002, 110887\)](#); señalando el auto citado de la Audiencia Provincial de Burgos que un sector mayoritario de las Audiencias Provinciales a los efectos de valorar si los intereses pactados son abusivos tiene en cuenta, con carácter orientativo, el citado art. 19.4, y en igual sentido se pronunció la Sección 6ª de esta Audiencia Provincial en la [sentencia de 20-12-02 \(AC 2003, 258\)](#) ante un interés de demora de un 2,10 mensual.

Montante de intereses versus cláusula de redondeo

La SAP Madrid 10.10.2002, AC 2002/1417 ha justificado el control de contenido de las cláusulas de redondeo de intereses en los préstamos al consumo, a partir de la consideración de que esta cláusula no forma parte del elemento esencial del contrato que es el precio o interés.

TERCERO Entrando a analizar el segundo de los motivos esgrimidos, la cláusula en cuestión se encuentra sujeta al ámbito de la LCGC, en contra de la tesis mantenida por la entidad apelante, por las siguientes razones, que desvirtúan las correlativas expresadas en el recurso planteado:

a) El redondeo al alza aplicado con carácter general en los contratos de préstamo hipotecario no constituye un elemento esencial del contrato, conformador del precio de la operación, como se desprende del contenido de las cláusulas del mismo y por su propia naturaleza. Por el contrario, sin perjuicio de los elementos esenciales conformadores de todo contrato, cuales son el consentimiento, objeto y causa - artículo 1261 del [CC](#)-, dentro de los cuales no cabe incardinar el anterior, que evidentemente no se constituye ni en objeto ni en causa general del contrato, de acuerdo con los artículos 1740 y 1753 del CC, constituyen elementos esenciales y específicos del contrato de préstamo la prestación, y el precio ([SSAP La Coruña de fechas 5 de marzo de 1999 \[AC 1999, 571\]](#), 24 de julio y 10 de junio de 1998 y Zaragoza de 22 de febrero de 1999, entre otras), esto es, el capital cierto y determinado entregado por la entidad bancaria o financiera, y la contraprestación del cliente consistente en la devolución y remuneración de ese capital, excluyéndose, incluso, como prestación principal, el pago de intereses moratorios por incumplimiento contractual ([SAP Murcia de 31 de marzo de 2000 \[AC 2000, 1282\]](#)).



En el presente caso, el tipo de interés anual remuneratorio durante la vida del préstamo, se establece en la cláusula tercera, que conjuntamente con el pago del principal entregado, constituye el precio del mismo. La cláusula tercera bis está referida a la forma de determinación del interés pactado, y en la que se añade el redondeo en exceso y a favor de la entidad demandada una vez practicadas las operaciones matemáticas y contables pertinentes de donde se colige, que, fijado el precio en términos ciertos y determinados, cuál es la cantidad a devolver y los intereses aplicables, la posterior operación cuantificadora de las cuotas concretas a abonar por el cliente, incrementada al alza a favor de la demandada en los supuestos de dicho redondeo, no puede considerarse elemento esencial del contrato, sino, por el contrario, una conducta reprobable, en términos contractuales, que sí afecta precisamente al anterior requisito esencial, previamente pactado por las partes, y tuvo un carácter decisivo a la hora de decantarse el interesado por determinada entidad bancaria o financiera, sin que las sentencias de las AA PP Murcia de 19 de junio de 1999 y La Coruña de 2 de mayo de 1990, citadas por la apelante sean de aplicación, pues en ellas se aborda como cláusula esencial los intereses, no el redondeo al alza, que confirman precisamente los anteriores argumentos.

En consecuencia, se encuentran sometidas el ámbito jurídico de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, sin perjuicio del carácter o no de abusiva que quepa conferirle, y que constituye objeto y análisis del siguiente motivo del recurso, ratificando la Sala la interpretación del contrato realizado por el Juzgado de instancia, al ser sus conclusiones propias de la inmediación en la práctica de las pruebas, lógicas y ajustadas a Derecho ([SSTS de 24 de julio \[RJ 2001, 8418\]](#), [4 \[RJ 2001, 6665\]](#) y [13 de junio de 2001 \[RJ 2001, 4337\]](#), entre las más recientes).

La cláusula de redondeo es esencial al precio, y es abusiva

Por el contrario, para la SAP Valencia 19.10.2002, JUR 2003/11669, aun siendo un elemento definitorio sustancialmente del precio del contrato, la cláusula de redondeo puede anularse por abusiva.

CUARTO.- *Sobre si la cláusula de redondeo es abusiva y contraria al art. 10-1-c y c-5 LGCU.*

Las cláusulas abusivas, a diferencia de las condiciones generales, tienen su ámbito restringido a la relación de los profesionales con los consumidores, siempre que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente, sino "prerredactadas, predispuestas e impuestas". La ausencia de negociación individual se presume iuris tantum, de manera que "el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba" (art. 10 bis de la Ley 26/1984, en la redacción dada por la Ley 7/1998, que incorpora la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores). En segundo término, en cuanto al fondo, las define como aquéllas 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 de la presente Ley".



La ley acoge el principio de interpretación pro consumidor en su art. 10. 2, según el cual "En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor", que se complementa con los criterios interpretativos recogidos en su art. 10 bis. 1, último párrafo, conforme al cual "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". Las circunstancias concurrentes pueden consistir, como señala la mencionada Directiva, en la fuerza de las respectivas posiciones de negociación, en la inducción al consumidor para dar su acuerdo a la cláusula, y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor.

La enmienda n.º 71 del Congreso (BOCD n.º 78-6) suprimió la exclusión que hace el art. 4 de la Directiva del objeto y de su adecuación al precio, como criterios que pudieran determinar el carácter abusivo, y justificó esta supresión afirmando que "el objeto principal y el precio pueden ser abusivos como es el caso de algunos contratos de préstamos con tipos TAE de más del 30%. Hacer que el coste no pueda ser abusivo supone una gran indefensión de los consumidores". Con ello nuestro legislador garantiza una mayor protección al consumidor, conforme a lo previsto por el art. 8 de la Directiva.

El concepto de cláusula abusiva lesiona las exigencias de la buena fe entendida, no como criterio de integración del contrato, sino como conjunto de criterios valorativos que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual.

Para calificar de "abusiva" una cláusula es preciso apreciar, no sólo la existencia del desequilibrio (lo que comunmente no encierra grave dificultad), sino además, que este desequilibrio es contrario a la buena fe, es decir, que no está justificado por la estructura del contrato.

Por tanto, para que una cláusula sea declarada abusiva requiere: 1) Un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes. 2) Que se contraría la buena fe. 3) Que la cláusula no haya sido negociada individualmente. 4) Que sea perjudicial para el consumidor.

QUINTO.- *En el caso de autos no ha probado la parte demandada (profesional) que la cláusula de redondeo al alza haya sido negociada individualmente. En ella se prevé:*

"3.3 Redondeo del tipo de interés inicial.- Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de punto".

Su objeto no es propiamente establecer el precio del contrato, no se encamina a retribuir ninguna prestación, nada habrá de recibir el prestatario por abonar ese plus. Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de intereses, pues la utilización de índices de referencia externos procedentes de mercados monetarios o interbancarios en las relaciones contractuales con particulares plantea la necesidad



del redondeo para hacerlos prácticos; de manera que aunque el Banco de España publica los índices oficiales como medias mensuales ya redondeadas a tres decimales de las operaciones practicadas en los diferentes mercados o segmentos representados por dichos indicadores, la utilización de un índice con tres decimales resulta poco aconsejable, por razones de operatividad, por lo que la práctica generalizada es redondearlos a un máximo de dos decimales.

Pero, cuando el cálculo se prevé sólo al alza, esa aleatoriedad siempre jugará en favor del Banco y en contra del prestatario, nunca a favor, y siempre a cambio de nada. Así, el Banco (profesional) resultará siempre beneficiado por ese redondeo sin que por ello esté obligado a mayores o mejores prestaciones; muy al contrario, él será el primer beneficiado por la simplificación del sistema de cálculo del interés, pues él es quien en primer lugar debe realizar ese cálculo. Y no hay que olvidar que no resulta difícil arbitrar un tratamiento equilibrado de los intereses contractuales en juego, mediante la articulación de una cláusula de redondeo que no sea siempre al alza, sino que prevea también el descenso, tomando como a la fracción decimal más próxima o el cuarto de punto más próximo.

Sin necesidad de ningún cálculo financiero, puede concluirse que el redondeo al extremo del intervalo más próximo, al alza o a la baja, la igualdad de oportunidades entre las partes contratantes equilibra la posición de éstas.

Aunque se sostuviera que el redondeo forma parte del precio del préstamo, lo cierto es que se trataría de una parte clandestina del precio, pues sus verdaderas consecuencias económicas, siempre negativas para el prestatario, serían desconocidas por éste.

No obstante ello, no resulta dudoso que a lo largo de la extensa vida del contrato (20 años en el caso de autos) esa cláusula de redondeo sólo al alza provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición dominante del Banco queda reforzada mediante la recepción siempre de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se produce el debilitamiento de la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio. Tal desequilibrio, provocado por el Banco, sólo puede calificarse de contrario a la buena fe, pues no de otro modo se puede entender que no se opte por el redondeo a la fracción decimal más próxima o al cuarto de punto más próximo, que fácilmente le permitiría repartir entre él y su cliente la oportunidad de beneficiarse del redondeo. Sin que a ello sea óbice que, violentando las disposiciones legales reguladoras de los derechos de los consumidores, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios, regule la utilización de la cláusula controvertida. Por todo lo cual, siendo gravemente perjudicial para el consumidor, procede estimar el motivo de recurso.

Nulidad y elementos esenciales. Quid prodest?

De la debilidad de los argumentos hechos valer por los que defienden un control de contenido sobre el "precio" ya han dado cuenta los partidarios de la opinión contraria. Estos sostienen que una cláusula que fijara el elemento esencial de la prestación habría sido "seleccionada" por el adherente, y habría sido determinante



de su voluntad contractual³. Los jueces no podrían fijar precios, pues esta es tarea que corresponde al mercado, conforme a la garantía constitucional de la libertad de empresa y el modelo de economía de mercado⁴.

Pero todavía no se ha tomado debida cuenta de la sofistería de quienes defiende la eliminación del control en los términos del art. 4.2 de la Directiva.

En primer lugar, se objeta que un control sobre el precio atenta a la economía de mercado. Aquí proceden dos observaciones. La primera, que la economía de mercado- fuere ello lo que fuere- no constituye ninguna barrera constitucional significativa a las diversas normas de protección que en sectores determinados crean barreras de mercado. Es decir, no se ve por qué ha de ser inconstitucional (¿) una resolución de autoridad (judicial, normativa) de control sobre el precio de la contraprestación, cuando el legislador puede hacer lo propio para limitar el precio del dinero en la Ley Crédito Consumo art. 19.4, o cuando puede, si quiere, fijar por tarifa el precio de servicios de interés general. El problema, si alguno, no será del principio de economía de mercado, sino de la competencia material que tenga atribuida la instancia regulatoria que decide poner una barrera. Y en este sentido, es claro que el art. 10 bis 2 LCU contiene una delegación de competencia creativa en el juez civil. Pero hay más; no se entiende la distinta razón de decidir en este punto entre la cláusula que fija el precio ("precio de la hora: 1,50 euros") y la que "perfila" y aclara cómo se calcula este precio ("a estos efectos, cada fracción temporal equivaldrá a una hora consumida por entero"). En ambos casos se atenta a la libertad de mercado si hay control. Al menos para el predisponerte forma parte de su ámbito de libertad empresarial una cláusula como la segunda tanto como pueda serlo la primera.

Segundo, se dice que los elementos esenciales del contrato son objeto de "consentimiento", y no de adhesión por el consumidor. Mas es claro que ello es un *quid pro quo* derivado de intercambiar juicios del ser y del deber ser. Sólo los dogmáticos inveterados- como los que abundan en España- pueden proponer como una regla *normativa* que los consumidores consienten en el precio, y no se adhieren. Mas es evidente que esta afirmación no pasará de ser en el mejor de los casos una regla estadística, y no normativa. Lo que es un juicio fáctico – de validez estadística, y sujeto en cada caso al test de verdad-falsedad- no puede valer como regla de Derecho. Pues si tal se propone, la regla decae en absurdo cuando deviene contrafáctica. De esta forma, el conductor que introduce su vehículo en el parking público más cercano a la casa de su novia *ni ha consentido el precio básico de 1,5 euros* ni ha consentido el método *hora-fracción* por el que el precio se calcula.

³ Cfr. ALFARO AGUILA-REAL, *Las Condiciones Generales de la Contratación*. Civitas. Madrid, 1991, pág. 138; PASQUAU LIAÑO, M. "Artículos 9 y 10", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, 1999, págs. 271- 309, conr. pág. 298); PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones generales de la contratación*. Marcial Pons. Madrid, 1999, pág. 285.

⁴ V. ALFARO, *Las Condiciones Generales*, págs. 140-142; PAGADOR, *Condiciones generales*, págs. 277-287; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Disposición Adicional 1ª. Dos: Art. 10.1.c) LGDCU", pág. 686 y "Disposición Adicional 1ª. Tres: Art. 10 bis.1 LGDCU", págs. 763 y 765.



Tercero, la distinción entre elementos sustanciales – no sujetos a control- y elementos accesorios (formas de pago del precio, sistema de cálculo del precio, facultades de modificación unilateral) en la determinación del objeto del contrato (cfr. SERGIO CÁMARA, *El control de las cláusulas abusivas*, 109 sigts) obliga a hacer distinciones sutiles, con el riesgo de equivocarse, y sin que las mismas respondan al horizonte de comprensibilidad del consumidor. Ocurrirá lo mismo que con la distinción entre cláusulas “delimitadoras” del riesgo y cláusulas “limitativas” en el contrato de seguro, un par de conceptos mutuamente intercambiables según se considere en cada caso preciso abocar a una decisión de lesividad-nulidad después de haber practicado un control de contenido⁵. El debate sobre los elementos esenciales puede devenir estéril. La práctica demuestra que se controla todo, bajo el expediente de decir que el objeto de control es un elemento accesorio en la determinación del precio.

Si de lo que se trata es de establecer un control de contenido – adicional al control sobre consentimiento contractual- allí donde el procedimiento no justifique la regla contractual, o donde no hay libertad negocial capaz de justificar la regla contractual o donde la regla contractual no procede de un acto de autonomía privada (MIQUEL, 899, 902, 904), en tal caso no puede haber diferencia en los supuestos examinados.

No es que no se pueda controlar lo esencial, sino que no se puede controlar lo que no tiene un paradigma de referencia sobre el que decidir. Si hay un “precio normal del dinero”, existe un paradigma para controlar la abusividad de la cláusula de interés remuneratorio. Pero no hay (todavía) un paradigma por el que racionalizar un control sobre un precio de dos euros en lugar de uno en el precio por hora del parking. La razón de por qué se puede controlar la fórmula de fracción no es porque sea un elemento accidental, *sino porque el argumento utilizado puede ser racionalizado*, y, por ello, pretender consenso: todo el mundo entenderá que es un abuso cobrar como una hora cuando has estado dos minutos aparcado. Mas para que haya justificación y posibilidad del control basta que exista un “anclaje” cualquiera. No es preciso que este anclaje sea el del Derecho dispositivo, y, por ello, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán, no hay que limitar el control de contenido a las cláusulas que contengan reglas jurídicas que se aparten del Derecho dispositivo. El anclaje puede ser una norma imperativa excéntrica al problema, o un consenso social o un uso o media de mercado (“interés superior al normal del dinero”); basta que provea un *locum argumenti*.

Pero la realidad no es sólo refractaria a la teoría en el punto que se acaba de exponer. Es que, y principalmente, no existe en verdad diferencia alguna en los resultados a que se llegan normalmente de aplicar las cláusulas generales de nulidad contractual (arts. 7, 1255 y 1258 CC) y los resultados a los que se llegan cuando se aplican los estándares especializados de la LCU. Para los contratos con usuarios no consumidores ello se deriva sin más del insustancial artículo 8 de la LCGC. Para los contratos con consumidores, la experiencia real vuelve a mostrar que los estándares especiales de los arts. 10.1 c), 10 bis.1 y DAD 1ª LCU no pueden llevar a resultados distintos de los que produciría el control de contenido a

⁵ Lo demuestra la SAP Madrid 29.3.2006, La Ley 6544, que simplemente reformula como cláusulas “delimitadoras” aquellas que considera no abusivas, y “limitativas” las que merecen un reproche de nulidad.



partir de las reglas generales del Código Civil. Y buena prueba de ello vuelve a estar en el cotidiano hacer de nuestros tribunales en la resolución de casos conflictivos en contratos de crédito. Es curioso en este punto cómo en la práctica acaban siendo intercambiables los métodos de control de contenido sobre la cuantía de intereses crediticios cuando se aplica la Ley de Usura de 1908 o cuando se aplica el control del estándar especializado de la LCU⁶. Si el intérprete puede en este

⁶ Para determinar si el préstamo es o no usurario conforme a la Ley de Usura y al igual que en los supuestos en los que se aplica el estándar de buena fe en los contratos con consumidores, los tribunales no se limitan a valorar si el tipo de interés es excesivo en su cuantía, sino que examinan si, atendidas las circunstancias del contrato (v.gr. situación de las partes y especialmente del prestatario, la finalidad perseguida por éste al concertar la operación, la posibilidad de acudir a otras entidades para obtener condiciones más favorables y el resto de cláusulas contractuales, como la existencia de garantías adicionales a favor del acreedor), dicho tipo de interés ocasiona un desequilibrio injustificado o desproporcionado a favor de una de las partes. En la STS de 7-2-1989 (RJ Az. 1989\754), el TS afirma que un tipo de interés anual del 28% es "cifra exagerada cuando la garantía real, ajena, a avatares mercantiles, asegura el cumplimiento de la operación sin riesgo para el prestamista" (FD 4º); en la SAP de Castellón, de 30-3-2000 (RJ Az. 2000\4464) se considera que un crédito al consumo no es usurario no sólo porque no hay pruebas de que el tipo de interés anual (26,82 %) sea superior al normal, sino también porque "las [circunstancias] concurrentes no revelan ninguna desproporción de los intereses pactados...". En el mismo sentido las SSTs de 12-7-2001; 7-11-1990; 2-7-1990 y 27-9-1989.

El carácter intercambiable de los instrumentos de control se observa, entre otras, en las siguientes sentencias: la STS de 17-3-1998 (RJ Az. 1998\1351). En ella, el TS niega la aplicación de la Ley de Usura por considerar que el contrato de arrendamiento financiero no puede ser calificado de préstamo (FD 3º); niega la aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios por no tener el arrendatario financiero la condición de consumidor (FD 5º) y sin embargo, considera que las consecuencias económicas del incumplimiento previstas en el contrato (en particular, el interés moratorio) son "absolutamente desproporcionadas" "por aplicación de la Ley de Usura" y ocasionan un enriquecimiento del arrendador, sin que éste incurra en ningún riesgo (FD 4º). Por ello, haciendo uso de su facultad moderadora de las cláusulas penales (art. 1154 CC), el TS modifica dichas consecuencias, reduciendo el interés moratorio al interés legal del dinero; la SAP de Barcelona, de 1-4-2000 (AC 2000\2159), en la que por aplicación de la Ley de Usura y "a mayor abundamiento" por aplicación del art. 10 de la LGDCU declara la nulidad de un contrato de préstamo por usurario, "debiéndose proceder solamente a la devolución total del principal (sin intereses) [...] de conformidad con los arts. 3 de la Ley de usura, 10.4 LGDCU y art. 1303 CC" (FD 3º); la SAP de Tarragona de 24-5-2000 (RJ Az. 2000\1832) considerando que "no es necesario analizar [...] las cuestiones que la problemática que el caso suscita en orden a las relaciones entre la ley de Usura y la General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [...]" aplica la LGDCU, en concreto la DA 1ª.29 y declara que el interés de demora pactado aun siendo "muy elevado" no es abusivo, porque en atención a las circunstancias concurrentes no supone un grave o importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes; en idénticos términos, la SAP de La Coruña de 5-3-1999 (RJ Az. 1999\571); la SAP de Madrid de 7-4-1999 (RJ Az. 1999\1711) afirma que el hecho de que el interés no sea usurario (por faltar el elemento subjetivo al que se refiere el art. 1 de la Ley de Usura) "no significa que no sea nula la cláusula contractual que lo estableció de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 c).4º y art. 10.4 de la LGDCU" (FD 6º). Por aplicación de la LGDCU, la AP entiende que el interés del 27% es excesivo en la época en la que se suscribió el contrato (criterio idéntico al utilizado en los supuestos en los que se aplica la Ley de Usura); la SAP de La Coruña de 2-5-1996 (RJ Az. 1996\862) deniega la pretensión de nulidad de un préstamo por usuario por entender que el tipo de interés pactado (17,25 %) no era anormal, ni desproporcionado en los términos de la Ley de Usura y tampoco ocasionaba un desequilibrio entre las contraprestaciones de las partes en contra de la LGDCU (FD 4º y 5º); la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pola de Laviana (Asturias) de 21-7-1993 anula la cláusula de intereses de un contrato de préstamo por aplicación de la Ley Azcárate y del artículo 10.1 c) de la LGDCU, la SAP de Asturias de 28-4-1994 (RJ Az. 1994\618) revoca esta sentencia pero no por considerar inaplicables ambas leyes, sino porque analizadas las circunstancias del contrato, la Audiencia estima que el interés no es usurario y por tanto, tampoco vulnera la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones.

Especialmente ilustrativa es la SAP de Baleares de 17-10-1994 (RJ Az. 1994\2030). En ella se afirma que "es evidente que si el contrato suscrito por el consumidor es de préstamo y reúne los requisitos establecidos en la Ley Azcárate para que sea considerado como usurario, el pacto de intereses puede considerarse ineficaz por aplicación del art. 10.4 de la LGDCU", y tras analizar el distinto ámbito de aplicación de una y otra (es más amplio el de la LGDCU que el de la Ley de Usura), llega a la conclusión de que "en cualquier caso, la aplicación de una u otra norma no supone diferencias prácticas ya que si la cláusula de intereses se considera abusiva será nula y se tendrá por no puesta (art. 10.4 LGDCU) pero, como es obvio, subsiste la obligación de pagar el capital. De igual modo, si se declara el préstamo usurario, el prestamista estará obligado a entregar la suma recibida, quedando dispensado de



terreno hacer alguna prospección con sentido de la realidad es que la lista de cláusulas negras-grises de la DAD 1ª LCU no ha servido para hacer más riguroso el control de contenido que las reglas generales, sino para ilustrar la regla general con subreglas de concreción de nulidad que hacen más predecible y homogéneo el quehacer de los tribunales. La circunstancia de que en multitud de casos se apliquen a contratos entre empresarios las subreglas del art. 10 o de la DAD 1ª LCU (contratos de créditos, leasing, etc) es inocua, pues simplemente muestra una cierta pereza intelectual de parte de los tribunales, que prefieren echar mano de la lista de cláusulas legales que aplicar argumentativamente el art. 1258 CC.

Al final se aprecia un horizonte de razonabilidad en el que tarde o temprano tendrán que instalarse los tribunales y la doctrina que carezca de perjuicios. Existirá control de contenido sobre toda cláusula de la cual el adherente no sea su autor (o coautor) y toda cláusula de esta suerte será llamada cláusula no individualmente negociada. Todo lo demás es exceso de teoría y, como contrafáctico, inútil para el Derecho.

El legislador no ha dudado en referirse en la LCGC y en la LCU a un control de las cláusulas contractuales que delimitan elementos esenciales del contrato. Así, por ejemplo, art. 9.2 LCGC, que deja claro que la nulidad resultante del control de contenido puede afectar a elementos esenciales, de forma que el contrato no pueda “subsistir” después de la nulidad parcial; o el art. 10 bis.1 LCU, que se refiere a todo tipo de cláusulas contractuales, tengan su origen en el consentimiento contractual o en la adhesión a un articulado predispuesto; o el art. 10 bis.2 LCU, que da por supuesto que el juez puede “moderar” cláusulas que incorporen elementos esenciales del negocio. Si se mira desapasionadamente, parece que – criticable o no- el elemento decisivo en nuestra legislación referida a este asunto es que el contrato sea o no un contrato de adhesión (art. 1.2 in fine LCGC)⁷. Y no cabe duda que la “aceptación” de un precio contractual predispuesto por una parte, en forma tal que el adherente debe aceptarlo o renunciar a contratar, es un contrato en que el consentimiento se construye por “adhesión” a una oferta de contrato.

¿Qué es una “cláusula no negociada”?

¿Qué significa que una cláusula no haya sido individualmente negociada? Siguiendo la Directiva comunitaria, se afirma que tal condición se da cuando el adherente no ha podido influir en el contenido de la cláusula⁸. Pero, naturalmente, ello supondría, sin otras matizaciones, que toda cláusula contractual a la que se llega al final de una negociación, o sin ella, pero que en cualquier caso el adherente haya tenido que aceptar a pesar de su voluntad en contra, sería una cláusula no negociada, y, por tanto, susceptible de control de contenido. Para evitar esta consecuencia, la doctrina propone ciertos expedientes limitadores. En unos casos se afirma que la

pagar intereses y si hubiera satisfecho parte de dicha suma y los intereses vencidos, el prestamista deberá devolver al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, excede del capital prestado (art. 3 de la Ley de Usura)” (FD 4º).

⁷ Obsérvese. Lo que lleva a la aplicación de esta Ley [LCGC] al resto del contrato no es que el resto de las cláusulas del mismo no se hubieran negociado individualmente, como hubiera sido lo lógico, sino de que sea un contrato de adhesión.

⁸ Art. 3.2 Directiva. “Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor *no haya podido influir sobre su contenido*, en particular en el caso de los contratos de adhesión”.



cláusula no negociada debe estar "prerredactada"⁹. En otros casos se afirma que el mero hecho de no haber influido en el contenido no hace la cláusula prerredactada, si hubo una posibilidad real de ejercer tal influencia¹⁰. Sin embargo, es la conclusión que se quiere combatir, y no las salvedades que introducen estas doctrinas limitadoras, lo que se corresponde con el sentido común. Como muy sensatamente han visto los franceses en su transposición de la Directiva 13/1993 (gracias a que no están, como nosotros, mediatizados por la pesada doctrina alemana), es un puro excedente de teoría, al que no acompaña en el operador jurídico o en el ciudadano una intuición correspondiente, el distinguir entre una cláusula no individualmente negociada (preestablecida) y una cláusula no negociada libremente. Pues lo decisivo es si al final del proceso negociador, el adherente modificó o no la cláusula que se le ofrecía como menú. ¿Cuánto de "tensión negociadora" debe darse para que una cláusula, inmodificada por cierto respecto del menú inicial, pase, sin embargo, a considerarse una cláusula (inútilmente, para el adherente) negociada? ¿Hay alguna diferencia entre el caso del oferente que desde el principio advirtió que no habría contraofertas ("lo quieres o lo dejas") y aquél otro que tras un proceso de *trattative* en el que ha escuchado con la mejor intención las contraofertas, sin embargo acaba negándose a modificar la cláusula? Es un puro juicio especulativo el de averiguar hasta dónde había, si había, una oportunidad real de negociar. Pues de hecho, no existe nunca una imposibilidad lógica de que el predisponente modifique la cláusula: todo depende del precio que se le pague. ¿Puede negarse la condición de cláusula no negociada bajo el argumento de que el adherente debió *seguir presionando un poco más*? Tampoco para el adherente hay grandes diferencias: cuando éste llega (si llega) al final del proceso "negociador" y comprueba que la cosa sigue igual, en todo caso él puede ya deducir retrospectivamente una de estas dos cosas: o que ya desde el inicio no tenía ninguna posibilidad, y que por tanto igual daba haber negociado que no haber negociado; o que no ha ofrecido al oferente imposable unas compensaciones adecuadas. Si además se observa la posición a la que se condena al oferente en el art. 10 bis.1 III, con una asunción de la carga de probar que la cláusula fue negociada, su posición es ciertamente absurda: tiene que probar que aquello que estaba "predispuesto" para uno o muchos y que no fue modificado finalmente porque el propio oferente se opuso a ello, sin embargo fue "realmente" negociado, aunque sin éxito para el consumidor. ¿Y cómo dar una prueba de esta clase si no probando que la cláusula final incorporó modificaciones de hecho a la inicial?

En consecuencia, el sentido común acaba interpretando con razón que todo aquello que de hecho tuvo que aceptar es algo que de hecho no pude negociar.

Naturalmente, cabe hablar de cláusula negociada aunque no haya sido modificada, cuando la negociación ha conducido a la modificación de otras cláusulas o a la obtención de determinadas compensaciones.

⁹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 1", pág. 26-29 y "Disposición Adicional 1ª...", págs. 755 y 756. Para el autor, la prerredacción constituye una presunción de que la cláusula no ha podido ser negociada. Acreditada la predisposición, corresponde al predisponente la prueba de que, a pesar de la inclusión de la cláusula predispuesta tal cual, la misma pudo ser alterada por el adherente.

¹⁰ ALFARO, J., *Las Condiciones Generales de la Contratación*, págs. 133 y 136; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación de la ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación", en *Las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 7/1998*, de 13 de abril. Marcial Pons, 1999, págs. 62-63; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales*, págs. 317 y 318.



Nulidad total y nulidad parcial: las "cláusulas de arbitrio" del predisponente

Como sabemos, el art. 10 bis.2 LCU sanciona, como regla, la nulidad (parcial, total) de la cláusula y subsistencia del resto del contrato, integrado debidamente. La ineficacia total del contrato sólo podrá declararse cuando el proceso de eliminación parcial+integración+moderación, no pueda impedir que las cláusulas subsistentes produzcan una situación "no equitativa" en la posición de las partes, que no pueda ser subsanada.

¿Pero por qué se "integra" el contrato parcialmente nulo? ¿Por qué en todo caso hay que dar una regla que ocupe el vacío dejado por la cláusula nula o porque se ha "anticipado" de alguna manera que el contrato por entero no será viable con estos huecos, y se proceda entonces a integrar con objeto de impedir la nulidad total?

No hay ejemplos jurisprudenciales que me sean conocidos, en los cuales el proceso de integración+moderación no haya impedido esta situación final que reclamaría una nulidad total.

Pero ahora quiero detenerme en las que pueden denominarse "cláusulas de arbitrio" del predisponente. Son aquellas mediante las cuales el entero contrato está sujeto a una condición potestativa del deudor (predisponente) en los términos en los que el art. 1115 CC hace nula la "obligación condicionada", es decir, todo el conjunto de estipulaciones contractuales que estén cubiertas por la condición exclusivamente potestativa. En términos similares nos podemos representar el art. 1256 CC. Si el contrato es tal que, merced a una cláusula (predispuesta) el predisponente hace depender la vinculación contractual de su propio arbitrio. Conforme al CC, una cláusula de arbitrio potestativo de esta clase priva de eficacia obligatoria al conjunto del contrato, o al menos a las cláusulas cubiertas por la reserva de un actuar potestativo del deudor predisponente.

Cláusulas de este tipo aparecen listadas en las reglas 4ª (principalmente) y las 5ª y 8ª (parcialmente). Lo que viene a significar el art. 10 bis 2 LCU en este punto no es la confirmación de la opción por la nulidad parcial en general, cuando la ineficacia afecta a cláusulas *del mismo nivel lógico* que las cláusulas subsistentes, sino también que subsisten las cláusulas contractuales *subordinadas* (y por tanto *de un nivel lógico inferior*) a la cláusula de arbitrio. Pero ello es así siempre que pueda tener lugar el proceso de integración+moderación, y que el resultado sea equitativo. Es evidente que la integración judicial puede servir para convertir en obligatorias las fechas "meramente indicativas" de la regla 5ª y para someter (sin necesidad de integrar ni moderar) a control externo del juzgador la decisión de si la prestación es no conforme al contrato, en la regla 8ª. ¿Pero qué decir de una cláusula contractual (regla 4ª) que consista precisamente en una *reserva general de arbitrio* mediante la cual el predisponente dice obligarse si quiere? Imaginemos que la cláusula no cumple funciones de estilo (en cuyo caso es prescindible), sino



que significa lo que declara, a saber, que el predisponerte no ha querido (todavía) obligarse por el contrato. ¿Puede considerarse que una nulidad parcial del contrato- aquí no habría necesidad de integración- genera una situación no equitativa del predisponerte, que es obligado a aceptar vinculación de cláusulas cuando no quería vincularse? En mi opinión, hay que proceder normalmente en la aplicación del art. 10 bis 2 LCU, y eliminar las cláusulas de nivel lógico superior, sin que ello afecte a las cláusulas subordinadas, y sin que esta situación pueda *ceteris paribus* calificarse de "inequitativa".

Cláusulas indeterminadas

Las cláusulas que indeterminan un elemento esencial del contrato lo harían nulo en su totalidad, por el art. 1273 CC. Obsérvese que una cláusula indeterminada no es nula por abusiva, no puede someterse a contraste con las exigencias de la buena fe. O el contrato es nulo, o, si no se quiere la nulidad, habrá que determinarla heterónomamente. Esto es lo que ocurre con los plazos "insuficientemente determinados". La cláusula en cuestión no puede ser nula, pues no hay en sí ningún reproche de contenido. La cláusula está indeterminada, simplemente, y afecta a un elemento esencial del contrato. El art. 10 bis 2 LCU no se aplicaría, pues lo que se precisa del juzgador no es eliminar cláusulas e integrar contratos, sino determinar heterónomamente un contrato ajeno. Naturalmente, si la eliminación de la cláusula sin más permite que el contrato cumpla su función, se puede hacer así. ¿Pero y en caso contrario? Ha de seguirse el mismo proceder, pero advirtiendo que el juez no sigue un proceso de eliminar la cláusula indeterminada y luego "moderar" la situación resultante, sino, directamente, determinando el contrato, mediante una heterointegración que no tiene que venir lógicamente precedida de una anulación parcial.

Ampliación del contenido de cláusulas

Tampoco se procede conforme al sistema establecido en el art. 10 bis 2 LCU cuando la cláusula en cuestión no es de las que otorgan "demasiado" al predisponerte, sino que "restringen demasiado" los derechos del adherente. Cuando estas cláusulas son susceptibles de representarse mediante un continuo cuantitativo, lo que hará el juez es simplemente "alargar" el contenido del derecho en cuestión. Así ocurre con los "plazos desproporcionadamente breves" de la regla 1ª. Tampoco habrá sido preciso para ello un proceso lógico complejo de anulación+sustitución.

En otros casos puede haber duda sobre el modo de proceder. Así en la regla 7ª in fine. Pues cabría optar por eliminar la cláusula que habilita al predisponerte para variar el precio (en cuyo caso no habrá variación) o se puede reducir el precio modificado de forma que no llegue a ser "muy superior" al inicialmente convenido, de forma que habrá variación, pero cuantitativamente reducida, o se puede, sin más, proceder a integrar el contrato sin proceso de eliminación anulatorio previo, mediante el expediente de conceder al consumidor un derecho de desistimiento (rescisión). En consecuencia, disponemos de tres opciones (eliminar la cláusula de



modificación de precio, hacer pagar al consumidor un precio "inferior" al resultante de la variación o permitirle salirse del contrato). Sólo la primera exige en realidad un proceso jurídico de eliminación por vía de nulidad. Las demás son maneras de integrar el contrato por vía independiente.

Cláusulas sin reciprocidad

Las reglas 15ª a 17ª permiten igualmente diversos procedimientos de eliminar el desequilibrio entre los derechos de las partes. La cláusula contemplada en la regla 15ª no puede ser tratada por vía de nulidad. No se puede eliminar todo el clausulado que impone obligaciones al consumidor, ni hay seguramente nada que eliminar en cuanto a cláusulas que favorecieran al predisponente. Naturalmente, puede existir una metacláusula en la que residenciar el abuso (ejemplo: "el consumidor cumplirá incondicionalmente aunque el vendedor no haya cumplido sus obligaciones"). En este caso se actuará mediante la eliminación, sin más, de la metacláusula, y se deja actuar al Derecho dispositivo, que no hace falta introducir en el contrato (esto es, la excepción de contrato incumplido). Pero puede que no exista la metacláusula abusiva, y del contrato resulte esta disparidad. En este caso puede darse el caso de que haya que hacer actuar el Derecho dispositivo sin proceder a la anulación de partes del contrato.

La regla 16ª contempla un caso que puede despacharse por un procedimiento puro de nulidad (sin integración): se suprime la cláusula penal contra el consumidor. Puede despacharse mediante una eliminación de una metacláusula de cierre del Derecho dispositivo (por ejemplo: "si renuncia el vendedor, no se devolverán las arras dobladas"). Pero puede hacerse operar sin más el Derecho dispositivo, sin nulidad y sin integración expresa en el contrato. Así, si hay una cláusula que establece una cláusula penal para caso de renuncia del consumidor, y no hay una metacláusula de cierre del Derecho dispositivo relativo a las arras o a la indemnización por incumplimiento, este Derecho *simplemente se aplica*. Ciertamente que "no se ha contemplado" una indemnización equivalente. Pero una indemnización de este tipo formará parte del contrato, y no habrá que eliminar para ello ni la cláusula de penalización al consumidor ni la metacláusula (que suponemos no hay) de exclusión del Derecho dispositivo relativo a las arras. Esto nos lleva a una afirmación más general. *Muchas veces son las metacláusulas de exclusión del Derecho dispositivo las que tienen que ser eliminadas*. En este caso no procede anular+integrar+moderar, sino eliminar la metacláusula y dejar operar el Derecho dispositivo. Y si no hay metacláusula, es probable incluso que nada sea en el contrato susceptible de nulidad, sino de simple integración por el Derecho dispositivo.

Vayamos a la cláusula listada en la regla 17ª. ¿Qué hacer? ¿Anular la cláusula que permite al profesional el desistimiento libre del contrato o concedérsela igualmente al consumidor? Seguramente lo segundo, porque es lo más *congruente con la economía del contrato*, para lo cual bastaba haber procedido a integrar una laguna contractual, sin haber privado a la otra parte del derecho que se había reservado



por contrato. No siempre, lo reconozco, será bastante para reequilibrar las posiciones contractuales (pensemos que el consumidor *no supo hasta ahora* que también podía hacer lo propio). Pero allí donde sea suficiente, la regla que debe proponerse es la siguiente: *Ceteris paribus, es preferible bilateralizar por vía de integración directa (art. 1258 CC) la ventaja del predisponente, que proceder a anular esta ventaja.* Salvo que digamos que el juez anula esa ventaja y luego integra y modera mediante el expediente de concedérsela a ambas partes.

Cláusulas "desproporcionadas", limitaciones "absolutas" de responsabilidad, cláusulas de "continuo cuantitativo"

El ejemplo señero es el de la regla 18^a. Aquí el debate es si resulta preferible la nulidad *total* de la cláusula, con subsistencia del resto del contrato, o la subsistencia del contrato con nulidad *parcial* de la cláusula por vía de reducción. Pensemos igualmente en plazos "excesivamente largos", en intereses "excesivamente elevados" o en una "cláusula penal excesiva" (cfr. SAP Córdoba 18.7.2003, AC 2003/1419; SAP Alicante 23.10.2002, AC 2002/1877; SAP Palencia 14.11.2002, AC 2003/409).

La reducción cuantitativa de la cláusula produce efectos perversos. Porque el predisponente tiene incentivos a extremar su ventaja, pues de todas formas siempre podrá conceder hasta el límite de lo que se le hubiera permitido. Es decir, se incentiva a pactar garantías desproporcionadas. El Derecho no resuelve homogéneamente estas circunstancias. En la legislación de usura, el prestatario devuelve el capital, sin ni siquiera el interés legal, y, menos, el interés razonable de mercado. Pero en materia de intereses moratorios excesivos, la jurisprudencia tiende a acudir a la aplicación analógica del art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo, y mantener la tasa en 2,5 el interés legal. Como digo, prefiero la nulidad total de la cláusula. Porque en la legislación relativa a cláusulas abusivas no sólo está en juego la justicia contractual, sino también el cumplimiento de una función de prevención general contra la diseminación de contratos con cláusulas abusivas. Por tanto, y a pesar del art. 10 bis 2 LCU *no siempre habrá que proceder salvando el contrato hasta el límite de lo que hubiera sido lícito pactar a las partes.* En otros términos, cuando hay funciones de *prevención general, hay que huir de la interpretación-integradora del contrato parcialmente nulo.*

Esta propuesta choca, sin embargo, con soluciones diversas como la del art. 1154 CC. La solución que provee el CC ante las cláusulas penales excesivas es su moderación cuantitativa. Pero lo primero que toca decidir es si una cláusula penal excesiva peca por ese mismo concepto del predicado de abusividad, de forma que fuera posible aplicar conjuntamente o alternativamente el CC y la LCU. En el caso presente no existe esta alternatividad. La moderación del art. 1154 CC no proviene de la "dureza" o desequilibrio intrínseco de la cláusula penal, sino de que la circunstancia sobrevenida de un cumplimiento parcial del contrato hace desproporcionada la penalización prevista inicialmente. En el art. 1154 existe un ajuste de la cláusula a un nuevo supuesto de hecho, pero no un juicio de desvalor



sobre el contenido de la cláusula. Por eso, cuando la penalización fuere excesiva al margen de la circunstancia sobrevenida del cumplimiento parcial, la cláusula cae directamente bajo la aplicación de la LCU, y la sanción debe ser la anulación de la penalización en toda su cuantía. *¿Por qué? Porque es preferible que sean los predisponentes los que hagan el esfuerzo de ajustar sus contratos a los parámetros de la justicia conmutativa en lugar de dejar que sean los jueces los que tomen sobre sí esa responsabilidad.* Hay una función de prevención que no podría ser conseguida con la nulidad parcial de la cláusula cuantitativamente desproporcionada (Para la penalización consistente en el pago de intereses de plazos no vencidos, STS 2.11.2000, RJ 8492). Por ello, la facultad de integración judicial ha de construirse con lo que provee el Derecho dispositivo, no con lo que las partes hubieran aceptado hipotéticamente más allá del propio Derecho dispositivo, aunque este más allá todavía hubiera sido admisible en Derecho. Y ello es así aunque se hubiera introducido en el contrato una cláusula salvatoria de la validez "hasta el límite de lo posible", cláusula que por eso mismo ha de considerarse nula (PERDICES).

Es lo mismo que ocurre con las cláusulas *de exención de responsabilidad*. Es socialmente eficiente que tales cláusulas, si han de declararse nulas, lo sean por enteras, y no mediante la "moderación" y "sustitución" de las mismas por cláusulas de limitación cuantitativa de responsabilidad (cfr. SAP Madrid 15.1.2002, AC 2002/1078).

Nulidad del contrato vinculado

En el tipo de contratación vinculada prohibida por la regla 23ª puede producirse el control mediante la nulidad de la metacláusula por la que se impone al consumidor la celebración de un contrato diferente, al que se subordina el primero. Pero puede no haber metacláusula que anular. El cliente llega a la caja y se le dice: "tiene que llevarse también esto, que va junto a la olla que usted compra". Y se lo lleva. Lo cierto es que haya o no haya metacláusula que anular, lo que se anula es el entero contrato (vinculado). Ya es una mera cuestión semántica si con ello se consigue una nulidad parcial del entero supercontrato que englobaba los dos contratos de compraventa o si se produce la nulidad total de uno de los contratos de compraventa. Lo cierto es que de manera sustancial es esto lo que se produce.

Cláusulas que actúan sobre el cálculo del precio y simple sobreprecio

En el debate que hemos expuesto sobre la posibilidad de un control de contenido aplicado al "precio" del contrato, hemos visto cómo se propone distinguir entre "determinación del precio" (no controlable) y "cláusulas de cuantificación del precio" (controlable) Así, una cláusula de redondeo, de hora o fracción, etc. Pero no tiene que haber una metacláusula de esta especie. El cliente llega a la caja, y en lugar de pagar 10 se le hace pagar 13 por el servicio "accesorio" de darle una bolsita de plástico para llevar (regla 24ª). Aquí no se anula cláusula alguna (la cláusula que dijera: "todos los precios se incrementarán en x euros por la bolsa de plástica que



se les entrega en caja”), sino que, simplemente, se anula *parcialmente* el objeto del contrato. Para que esto sea así no es preciso que haya una cláusula ad hoc. Y como no hay cláusula, sino precio agregado, el juicio de nulidad afecta al precio en estado puro, a un elemento esencial del contrato, y no a una cláusula secundaria de cuantificación de este precio. *No hay que inventarse cláusulas nulas ad hoc, cuando el equilibrio contractual puede conseguirse sin este expediente.*

Cláusulas y prácticas

La reforma de la LCU, actualmente en el Congreso, ha aprovechado la urgencia de otras reformas necesarias para dar entrada parcial a la Directiva 2005/29, sobre Prácticas Comerciales Desleales. En el art. 10 bis 1 del texto propuesto, las prácticas comerciales prohibidas, y no sólo las estipulaciones contractuales, se consideran “cláusulas abusivas”, y se someten al mismo test de control de contenido que el resto de las estipulaciones contractuales abusivas. Mas se trata de un empeño absurdo e imposible. Una práctica comercial no incorporada en forma de cláusula no puede ser nunca objeto de un juicio de validez o nulidad, sino, a lo más, de una sanción de cesación de la conducta mediante la que se realiza la práctica. Y la cesación es indivisible. No admite grados, totalidades o parcialidades, ni soporta procesos de integración de espacios promocionales vacíos. “Práctica” prohibida y “cláusula” prohibida son mundos incommunicables. La declaración de nulidad de la cláusula que soporta una práctica prohibida no conlleva ni presupone la cesación de dicha práctica, que no puede ser objeto de la declaración judicial de nulidad, ni se aviene al proceso de integración contractual. La cesación de una práctica prohibida puede hacerse por un procedimiento que no condicione ni preconstituya la validez de la cláusula contractual que la soporta.

Nulidades e imposiciones de contenido

El art. 12.3 del texto de la LCU propuesto por el Proyecto de Reforma impone a los predisponentes el deber de prever en sus contratos los correspondientes mecanismos de salida de los contratos de larga duración. El contrato que omita este contenido debido se produce en contravención a una norma imperativa. Conforme al tenor del art. 6.3 CC, se trataría de un supuesto de nulidad. ¿Pero qué se anularía? No hay cláusula sobre la que aplicar un juicio de validez, salvo que tuviéramos la suerte de encontrar una metacláusula específicamente destinada a excluir un mecanismo de salida previsto por el Derecho Dispositivo. Podríamos proponer una nulidad absoluta del contrato, pero de legitimación relativa, limitada al consumidor. Mas es seguro que este procedimiento produciría efectos indeseables para la parte a proteger. En este caso no hay otra vía que proceder *a integrar directamente el contrato conforme al art. 1258, y sin el apoyo- la mayoría de los casos- de un Derecho dispositivo*. Es curioso que la LCU no haya dispuesto con carácter general este mecanismo de integración de contratos “contrarios” a normas imperativas o contrarios a la buena fe.

Más sorprendente es el apartado 4 de este precepto proyectado. Según la propuesta, los contratos se integrarán también conforme a la buena fe objetiva cuando se omita información precontractual relevante. ¿Más cómo se integran, si, casi por definición, no habrá un aparato de información disponible por el Derecho dispositivo? Además, aunque la hubiera, su provisión ex post por vía de integración sería inocua. Si el consumidor no llegó a saber lo que hubiera debido haber sabido antes de contratar, de poco importa que se le “suministre” esta información



mediante una integración legal posterior. *Ni la nulidad de cláusulas ni la integración cumplen función alguna para proveer al contratante de un contenido de información del que hubiera haber dispuesto con antelación. La única salida es escapar del contrato como un todo, si la carencia informativa produjo consecuencias serias.*