



LA CLÁUSULA DE DESISTIMIENTO EN LAS HOJAS DE ENCARGO ABOGADO-CLIENTE: UNA PRÁCTICA COMERCIAL DESLEAL Y UN SISTEMA PROCESAL CONTRARIO A LA DIRECTIVA 93/13*

Comentario a la STJUE de 22 de septiembre de 2022 (asunto C-335/21)

Álvaro Vecina Aznar
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 09 de enero e de 2023

El Juez titular del Juzgado de Primera Instancia (JPI) nº 10 *bis* de Sevilla elevó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) formulando cinco preguntas, las dos primeras de carácter procesal y las otras tres de contenido material. Cabe señalar que la cuarta pregunta, al estar supeditada al sentido de la respuesta del TJUE respecto de la tercera, no fue respondida por el Tribunal.

La primera pregunta es relativa a si se entiende conforme a la Directiva 93/13 y al principio de efectividad de la misma el procedimiento de jura de cuentas (art. 35 LEC) ante el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ). En una segunda pregunta se plantea al TJUE si vulnera la Directiva 93/13, en un mismo sentido, el eventual recurso potestativo de revisión contra el decreto del LAJ.

Una tercera respecto de si el art. 4.2 de la Directiva 93/13 debe entenderse que incluye el supuesto de la «cláusula de desistimiento» en sus previsiones, por tratarse de una cláusula principal referida al objeto del contrato, en este caso, el precio. La cuarta pregunta, en

* Trabajo realizado en el marco en el marco del contrato con referencia 2022-CACT-11451, con cargo a la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana y del Proyecto de Investigación PID2021-128913NBI00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato.



relación a si tal cláusula, en caso de que la respuesta a la tercera pregunta fuera afirmativa, puede ser considerada clara y comprensible, en el sentido del art. 4.2 de la Directiva 93/13.

Por último, una quinta pregunta plantea al Tribunal la posibilidad de que la incorporación al contrato de una cláusula como la controvertida pueda ser considerada una práctica comercial desleal.

1. Cuestiones procesales

1.1. La sentencia

La Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC) articula tres vías procesales para reclamar judicialmente el pago de los honorarios que el cliente adeuda a su abogado: el procedimiento ordinario, el procedimiento monitorio y el procedimiento de jura de cuentas. Acerca de este último vertebra el JPI su pregunta, respecto de si se adecúa a la Directiva 93/13 y al principio de efectividad en ella consagrado. En virtud del mismo, los derechos subjetivos reconocidos a los ciudadanos comunitarios deben ser ejercidos en condiciones que garanticen su plena y eficaz realización a través los Tribunales de los países miembros. Como señala el último de los considerandos de la citada Directiva, *“los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”*. De igual forma, el art. 7.1 de la Directiva establece, como así reseña el TJUE en su sentencia, que *“los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”*.

Como deja claro el TJUE en la sentencia analizada, es jurisprudencia suya consolidada que *“la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato, de modo que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13”*.

Sin embargo, el procedimiento de jura de cuentas, según está regulado en el art. 35 LEC, no permite que el juez competente pueda declarar de oficio la abusividad de una cláusula predispuesta no negociada con consumidores. La resolución es dictada por una autoridad no jurisdiccional, el LAJ, que carece de competencia para apreciar si una cláusula del contrato del que derivan los honorarios tiene carácter abusivo. Pero es que el juez, que únicamente puede conocer en vía de recurso de revisión (art. 454 bis LEC), tampoco



“dispone de la posibilidad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato del que traen causa los honorarios reclamados, pues su control se circunscribe al objeto de la resolución del letrado de la Administración de Justicia”.

Además, otro argumento señalado por el JPI que eleva la cuestión y que el TJUE hace suyo, es que ni siquiera aquellos procedimientos donde el juez sí podría declarar el carácter abusivo de las cláusulas controvertidas –el procedimiento ordinario y el procedimiento de ejecución– garantizan los derechos contenidos en la Directiva 93/13. Respecto del procedimiento ordinario, el TJUE señala, remitiéndose a lo señalado por el órgano judicial español remitente, que “no suspend[en] la ejecución del decreto del Letrado de la Administración de Justicia o de la resolución judicial confirmatoria de este decreto”. Por su parte, en relación con el procedimiento de ejecución señala que, *“conforme al régimen del artículo 556 de la LEC, el consumidor no puede alegar el carácter eventualmente abusivo de determinadas cláusulas contenidas en el título ejecutivo”.*

Por todo ello, el TJUE responde a la pregunta planteada señalando que la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad y del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 47 de la Carta, se opone al régimen procesal español, toda vez que no permite el control de oficio por parte de la autoridad judicial competente sobre el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato abogado-cliente (hoja de encargo), ni en la fase de impugnación de los honorarios reclamados, ni con ocasión de un recurso de revisión donde, además, no se permite que las partes aporten pruebas distintas de las ya presentadas ante el LAJ. En añadidura, respecto de los procedimientos ordinario y de ejecución, el TJUE expresa que ninguno de ellos *“parece permitir que se conjure el riesgo de que el consumidor no pueda hacer valer los derechos que le otorga la Directiva 93/13 en el marco de un recurso de revisión”.* Esto es así puesto que, como hemos visto, ninguno de los dos procedimientos impide la ejecución del decreto del LAJ.

No obstante lo hasta ahora expuesto, el Gobierno español y la Comisión alegaron la posibilidad de dar al ordenamiento procesal español una interpretación conforme a la normativa europea. Así, *“podría entenderse que los honorarios derivados de una cláusula abusiva son «indebidos» en el sentido del artículo 35.2 de la LEC”.*

1.2. Comentario

En relación con la posible interpretación conforme a que hace referencia el TJUE, es perentorio señalar que seguiría sin solucionar uno de los principales problemas, esto es, que el consumidor se vea obligado a pasar por un procedimiento –el de jura de cuentas– donde el competente para conocer del mismo sea una autoridad no jurisdiccional que, por tanto, no puede apreciar la abusividad de una cláusula contractual. Y es que,



precisamente, obligar al consumidor –que es la parte vulnerable– a tener que impugnar el decreto del LAJ atenta, como así declara TJUE en la sentencia objeto de análisis, contra el principio de efectividad recogido en la Directiva 93/13 y contra el propio derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 de la Carta. Como acertadamente señala el Tribunal de Justicia, *“existe un riesgo no desdeñable que se disuada al consumidor de hacer valer estos derechos en el marco de un recurso de revisión”*.

Recordemos que la STJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito¹, obligó al legislador español a reformar la LEC, como bien atestigua el apartado V del preámbulo de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La razón que llevó al legislador a acometer aquella reforma es, en buena medida, aplicable al presente caso. Así, antes de la citada reforma, el órgano judicial únicamente podía declarar la abusividad de una cláusula de un contrato de consumo en un procedimiento monitorio si el consumidor se oponía y, por tanto, el monitorio se transformaba en un procedimiento verbal u ordinario. Ahí ya sí podía el juez declarar la abusividad de la cláusula en cuestión. Es algo en cierta medida homologable a la situación que sufre ahora el consumidor en la jura de cuentas.

Por todo ello, es –o debiera ser– esperable que nuestro legislador acometa una nueva reforma de la LEC, para dar así cumplimiento a la sentencia objeto del presente trabajo. Y probablemente lo haga de una forma similar a la mencionada reforma del procedimiento monitorio.

2. Cuestiones materiales

2.1. La sentencia

A) Inaplicación de las excepciones del artículo 4.2 de la Directiva 93/13

El art. 4.2 de la Directiva 93/13 establece:

“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

El JPI remitente pregunta al TJUE si dentro de las excepciones que prevé el citado artículo –ya sea la referida a las cláusulas relativas al objeto principal, ya la relativa a la

¹ STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/20 (ECLI:EU:C:2012:349)



adecuación entre precio y retribución—, debe entenderse incluida la cláusula de desistimiento. En virtud de la misma, *“el cliente se compromete a seguir las instrucciones del abogado, a no actuar sin conocimiento o contra el consejo de este y a no desistir por sí mismo del procedimiento judicial que le ha encomendado y que estipula una penalidad económica para el caso de incumplimiento de estos compromisos”*.

El Tribunal de Justicia señala, a su vez, que la citada disposición debe entenderse de manera restrictiva, puesto que establece una excepción al mecanismo de control sustantivo de las cláusulas abusivas. Finalmente, concluye que tal cláusula contractual de desistimiento, en virtud de la cual se estipula una *“penalidad económica para el caso de incumplimiento”*, no está incluida en ninguna de las dos previsiones del art. 4.2 de la Directiva.

Por un lado, el TJUE no la entiende comprendida en la excepción relativa al *“objeto principal del contrato”*. Para ello alega que las cláusulas incluidas en tal concepto *“deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales del contrato, con exclusión de las cláusulas de carácter accesorio”*. Según se expone, tales características no son predicables de la cláusula de desistimiento, cuya razón de ser es la mera penalización de la conducta del cliente consumidor, y no otra.

En el presente caso, para el TJUE únicamente deben entenderse por prestaciones esenciales *“el estudio, la reclamación extrajudicial y la interposición, en su caso, de reclamación judicial y redacción de demanda nulidad de cláusulas abusivas”*. Es decir, la cláusula de desistimiento no está incluida en este primer supuesto; pero tampoco en el segundo. Así, el TJUE arguye que la cláusula litigiosa *“no estipula una retribución por un servicio prestado, sino que se limita a sancionar el incumplimiento de una obligación contractual”*.

B) Práctica comercial desleal

La quinta cuestión prejudicial que se le plantea al TJUE versa acerca de si la incorporación al contrato de la cláusula de desistimiento por parte de un despacho de abogados puede ser calificada como una práctica comercial desleal, a los efectos de la Directiva 2005/29. De ella interesan al caso varios artículos.

Artículo 2: *“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:*

d) “prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores» ...: todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”



Artículo 7: 1. *“Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.”*

2. *“Se considerará también que hay omisión engañosa cuando un comerciante oculte la información sustancial contemplada en el apartado 1, teniendo en cuenta las cuestiones contempladas en dicho apartado, o la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua ...”*

El Tribunal de Justicia acaba concluyendo, en aplicación de los preceptos arriba plasmados, que la incorporación al contrato de una cláusula de desistimiento sin mencionar tal actuación en la oferta comercial o en la información previa –como ocurrió en el caso que nos ocupa– *“constituye a priori una omisión de comunicar información sustancial o una ocultación de información sustancial que puede influir en la decisión tomada por el consumidor de entablar esa relación contractual”*. Además, el hecho de que el contenido del baremo orientativo del Colegio de Abogados de Sevilla sea *“difícilmente accesible y comprensible”* refuerza la tesis final del TJUE. El Tribunal de Justicia es del parecer de que la incorporación de la cláusula de desistimiento en cuestión *“debe calificarse de práctica comercial «engañosa» en el sentido del artículo 7 [de la Directiva 2005/29]”*. Continúa el TJUE matizando que tal calificación se supedita a que la incorporación de la cláusula pueda condicionar la toma de decisión de un consumidor medio; cuestión que deja al arbitrio del juez nacional.

2.2. Comentario

A) Inaplicación de las excepciones del artículo 4.2 de la Directiva 93/13

Artículo 4.2 de la Directiva 93/13:

“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”

En primer lugar, debe señalarse que el término «honorarios» hace referencia al precio pactado en un contrato de arrendamiento de servicios profesionales entre un abogado y su cliente. Así las cosas, el litigio del que trae causa la cuestión prejudicial, que da lugar a la sentencia analizada, se desarrolla en el procedimiento de jura de cuentas que, precisamente, tiene por objeto la reclamación de los honorarios debidos. Así lo expresa



el propio TJUE cuando señala que *“esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio... a raíz del impago de los honorarios reclamados por los servicios jurídicos prestados”*. De igual forma, el TJUE da por sentado –aunque se pronuncie de un modo opuesto, da igual– que la cláusula de desistimiento tiene por finalidad establecer el precio del contrato. Se expresa en los siguientes términos: *“la cláusula de desistimiento no estipula un importe determinado o un método de cálculo de los honorarios reclamados, sino que se limita a remitirse a un baremo orientador”*.

Pero quien, sin lugar a duda, expresa con mayor claridad el hecho de que la cláusula de desistimiento establece el precio del contrato es el propio JPI remitente en sus preguntas tercera a quinta. Así, las preguntas tercera y cuarta respectivamente señalan: *“¿Una cláusula contenida en un contrato entre un abogado y un consumidor, como la controvertida, que prevé el abono de unos honorarios para el supuesto específico de que el cliente desista del procedimiento judicial...?”*; *“¿puede dicha cláusula, que fija los honorarios mediante una remisión a un baremo de un Colegio de Abogados...?”*

Si ninguno de los dos órganos judiciales niega –más bien al revés, confirman– que la cláusula de desistimiento es la que establece los honorarios correspondientes, y éstos son el precio del contrato de prestación de servicios jurídicos, ¿cómo puede ser posible que se diga que el objeto de tal cláusula es meramente sancionar el comportamiento del cliente, y que no se puede entender que sea parte del objeto principal del contrato –como es el precio– o de la adecuación entre precio y servicio prestado?

Es necesario entender primero la práctica forense en España para no caer en incorrecciones. En este sentido, es muy usual que los despachos de abogados establezcan en sus hojas de encargo que el precio del contrato lo conformen, de un lado, una parte fija –normalmente de escasa cuantía para atraer así a clientes–, y de otra, una variable, consistente en la cesión al abogado del crédito futuro derivado de la condena en costas, en caso de haberla. Pues bien, para que esto último ocurra es requisito indispensable que el órgano judicial pueda dictar sentencia. Que el cliente desista de la acción o llegue a un acuerdo extrajudicial con anterioridad, impide, necesariamente, la condena en costas que, en su caso, podría haber recaído sobre el demandado. En el presente caso no se nos indica cuál es el precio pactado entre las dos partes, pero muy posiblemente incluyera cesión de la condena en costas.

Por todo ello, es que la cláusula de desistimiento viene a establecer un precio alternativo para el caso en que el cliente haya impedido, por sus propios actos, que el órgano judicial dicte sentencia. De esta forma, la cláusula de desistimiento sí que se integra en el objeto del contrato, en la medida en que viene a sustituir al montante principal del precio del contrato, esto es, la condena en costas. Además, tengamos en cuenta que ésta se calcula



en base al mismo baremo orientativo establecido para la cláusula indemnizatoria, por lo que existe una identidad en ambos precios².

Sin embargo, como se ha señalado, el TJUE ha establecido que la cantidad adeudada en virtud de la cláusula de desistimiento ha de entenderse como la cuantía a la que asciende la penalidad económica propia de una cláusula indemnizatoria y no un precio alternativo del contrato. La cuestión no es baladí puesto que, si el TJUE hubiera entendido que la cláusula de desistimiento conforma el precio del contrato –no simplemente un sistema de cálculo del precio–, no podría ser sometida al control de contenido, sino únicamente al control de incorporación

B) Control de contenido y control de transparencia formal y material

i. En primer lugar, para entender el alcance de la sentencia es necesario señalar que, a las cláusulas establecidas en los contratos de prestación de servicios jurídicos –hojas de encargo–, les es de aplicación la normativa comunitaria sobre cláusulas abusivas. Y es que, como reconoce el TJUE en su sentencia de 15 de enero de 2015, *“la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se aplica a los contratos tipo de servicios jurídicos... concluidos por un abogado con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional”*³. Habrá que estar, por tanto, a si la cláusula en cuestión cuya validez se enjuicia ha sido, o no, negociada individualmente con el cliente. Por lo que se puede extraer de la cláusula litigiosa que dio lugar a la sentencia que aquí se estudia, parece lógico entender que no fue negociada individualmente con el cliente, sino que se trataba de una cláusula-tipo que el abogado incorporaba a todas sus hojas de encargo en pleitos de la misma naturaleza. En tal medida, y a diferencia de lo que ocurre en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, siempre que la cláusula no haya sido negociada con el consumidor cliente, le será de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU). Ello con independencia de si tal cláusula se incorpora a la generalidad de los contratos que suscriba el letrado o sólo al contrato objeto de litigio.

Llegados a este punto, es perentorio enjuiciar si una cláusula de desistimiento como la controvertida, formalizada entre un profesional de la abogacía y su cliente –que actúa como consumidor–, supera tanto el control de contenido, como el control de transparencia formal, o control de incorporación, así como el control de transparencia material que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español viene declarando. En los dos primeros

² Matizar que, como es lógico, el abogado cobra por aquellos servicios efectivamente prestados, puesto que los baremos orientativos de los Colegios de Abogados desglosan los distintos actos procesales y servicios jurídicos que un abogado puede prestar y el precio por cada uno de ellos.

³ STJUE de 15 de enero de 2015 (C-537/13), apartado 35 (ECLI:EU:C:2015:14).



supuestos, la consecuencia será la declaración de nulidad de la cláusula y, en consecuencia, que se tenga por no puesta (art. 83 TRLGDCU).

El control de transparencia formal tiene por objeto asegurarse que el adherente ha tenido, al menos, la posibilidad de conocer y comprender las cláusulas predispuestas, de forma tal que aquellas que el adherente no haya podido conocer y entender no se integrarán en el contrato. Por su parte, el control material de transparencia lo que persigue es exigir al predisponente el suministro de una información cualificada, con el fin de conseguir que el adherente pueda conocer con sencillez la carga económica del contrato. Se busca así evitar una alteración inesperada del valor de la oferta, tal y como legítimamente se la había representado el consumidor a partir de la información proporcionada por el empresario. En lo que respecta al control de contenido, tiene éste por objeto el examen de la adecuación sustantiva a Derecho de las condiciones generales y cláusulas predispuestas incorporadas al contrato. En consecuencia, son abusivas aquellas que no superen tal control de contenido.

Es una lástima que el TJUE no respondiera la cuarta pregunta del JPI remitente, por la cual se le planteaba al Tribunal si una cláusula como la controvertida podía ser considerada clara y comprensible de conformidad con el art. 4.2 de la Directiva 93/13.

De todos modos, y, en primer lugar, debe señalarse que no resulta razonable pensar que la cláusula de desistimiento supere el control de incorporación, al no cumplir con el requisito de accesibilidad del art. 80.1 b) TRLGDCU. Como señala el TJUE, “*no consta que [la cliente] tuviera conocimiento de la cláusula de desistimiento antes de suscribir la hoja de encargo*”. Y aun cuando hubiera tenido constancia de la existencia de la misma, como bien señala el TJUE, el contenido del baremo –en este caso del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla– es “*difícilmente accesible y comprensible*”. De hecho, como indica MATE SATUÉ⁴, actualmente los Colegios de Abogados no pueden proporcionar los baremos orientativos a quienes no sean abogados colegiados en los mismos y se ha retirado su acceso, por las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a distintos colegios profesionales⁵. El Tribunal Supremo, en su sentencia 219/2021⁶, se pronuncia respecto del control de incorporación de una cláusula señalando que “*los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública*”. Una interpretación *a contrario* de este

⁴ MATE SATUÉ, L. C., “Las cláusulas abusivas en las hojas de encargo de servicios jurídicos: en especial, la cláusula de exoneración y limitación de responsabilidad del profesional”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16, p. 1157.

⁵ Resolución de la CNMC, de 8 de marzo de 2018. Accesible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1954696_35.pdf

⁶ STS 219/2021 de 20 de abril (ECLI: ES:TS:2021:14569). En el mismo sentido, la STS 195/2021 (ECLI: ES:TS:2021:1347).



pronunciamiento debe llevarnos a concluir que, si una cláusula no superará el control de incorporación si no está contenida en el contrato. Por ello, una cláusula como la aquí enjuiciada, que para el establecimiento de una penalidad muy elevada en relación al servicio ofertado –como así la define el TJUE–, se remite a un documento ajeno al propio contrato y sobre el que no ha prestado su consentimiento expreso el consumidor –vgr. con su firma en el mismo–, debe necesariamente entenderse que no supera el control de incorporación. *A fortiori*, si el Tribunal Supremo en su sentencia 427/2020⁷ entendió que, una cláusula que limitaba la variabilidad del interés pactado remitiéndose a un anexo incluido en el propio contrato, no superaba el control de incorporación, cuanto ni más si, como en el presente caso, la cláusula controvertida remite, para la fijación del precio del contrato, a un baremo orientador de un Colegio de Abogados, que ni tan siquiera figura en el contrato.

Una vez visto que la cláusula de desistimiento no supera el control de incorporación y que, por tanto, debe entenderse como no puesta, no tiene trascendencia práctica enjuiciar si esa misma cláusula, supera los controles de transparencia material y de contenido. Pues, en realidad, aun de entenderse que no supera tales controles, la consecuencia jurídica es la misma: la cláusula es nula y se tiene por no puesta. De todos modos, sí que puede resultar interesante hacer referencia a estas cuestiones; procedamos a tratarlas.

ii. En segundo lugar, es preciso señalar, respecto del control de transparencia material, que éste únicamente se enjuicia respecto de las excepciones del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, esto es, el objeto del contrato y, tautológicamente, el precio. De este modo, en la medida en que el TJUE ha declarado que la cláusula de desistimiento no estipula ninguno de los supuestos previstos en el citado artículo, no cabe aplicar el control de transparencia material.

Sin embargo, ¿qué hubiera ocurrido de entenderse, como aquí se ha defendido, que la cláusula de desistimiento establece el precio del contrato? En tal caso, también debería concluirse que la controvertida cláusula no supera el control de transparencia material establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Y es que todo parece indicar que, si bien es cierto que la remisión a un baremo orientador de un Colegio de Abogados debe ser entendido como un precio cierto (arts. 1445 y 1447 del Código Civil), –aunque el TJUE entiende que es una mera penalidad económica– no lo es menos que la consumidora no pudo conocer la carga económica del contrato. ¿Cómo iba a saber la consecuencia económica que suponía desistir del contrato o llegar a un acuerdo extrajudicial si, como hemos visto, el Baremo del Colegio de Abogados de Sevilla no es accesible? Todo ello provoca una clara alteración del equilibrio subjetivo del precio y la

⁷ STS 427/2020, de 15 de julio (ECLI: ES:TS:2020:2516).



prestación, es decir, de tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Ahora bien, aun de haberse concluido que la cláusula de desistimiento sí establecía el precio del contrato, y, en consecuencia, se declarara que no supera el control de transparencia material por las razones expuestas, ello no tendría consecuencias prácticas. Y es que, en realidad, la declaración de una cláusula como no transparente no implica, *per se*, su nulidad; únicamente su sometimiento al control de abusividad de los arts. 82 y siguientes del TRLGDCU⁸. Tal control no puede, empero, realizarse respecto del precio de la cosa o servicio. En una economía de libre mercado como la presente en la Unión Europea no cabe un control sobre la justicia de los precios; no al menos en aplicación de la Directiva 93/13. Como señala CARRASCO PERERA respecto del precio, “no se puede controlar lo que no tiene un paradigma de referencia sobre el que decidir”⁹.

iii. Por último, falta hablar del control de contenido de la cláusula de desistimiento. Veamos las distintas posibles causas de abusividad.

Limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución Española).- La cláusula de desistimiento es abusiva por vulnerar el primer párrafo y el séptimo apartado del art. 86. TRLGDCU. El primer párrafo establece que “*serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas*”. Claramente, impedir al cliente consumidor desistir de la pretensión, so pena de tener que pagar una desproporcionada sanción, limita gravemente el principio dispositivo en el proceso civil, y el consiguiente derecho de disposición de los litigantes (art. 19 LEC). Y es que dificultar sobremanera el ejercicio de un derecho que es disponible, como es derecho de acción –incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva–, atenta necesariamente contra tal derecho. Nótese que los derechos no son potestades, y, por tal razón, sus titulares pueden decidir no ejercitarlos, sí hacerlo, persistir y también desistir en su ejercicio; en cualquier otro caso, el derecho en cuestión se ve siempre afectado, en mayor o en menor medida. Si dentro del derecho de acción se incluye la capacidad del titular del derecho o interés legítimo a iniciar un proceso, también se incluye la capacidad de revertir tales efectos, es decir, de desistir. De lo contrario, se estaría otorgando tal derecho a un tercero ajeno que, por su sola voluntad, obligaría al cliente a continuar con el proceso, quien, por tanto, ya no sería, *de facto*, su titular.

Por otro lado, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha incluido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva el derecho de indemnidad. En virtud del mismo, según establece el Tribunal Constitucional en su STC 87/2004, “*del ejercicio de la acción*

⁸ V. en este sentido la reciente STS 423/2022, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2081)

⁹ CARRASCO PERERA, A., “*Derecho de contratos*”, 3ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 891.



judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”¹⁰. Este principio también lo consagra el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020¹¹ cuando afirma que es abusiva aquella cláusula que “puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho [el derecho de acudir a un juez para que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual] debido a los costes que implica una acción judicial”. Parece claro que del presente caso se derivan graves perjuicios al consumidor demandante en el ejercicio de su derecho de acción.

A su vez, el Tribunal Supremo español en su sentencia 203/2011¹² declaró la abusividad de una cláusula predispuesta por un despacho de abogados donde establecía una penalización del 15% del valor de la participación en la herencia del cliente. Dice así la sentencia: “el contrato penaliza de forma clara y grave al cliente desde el momento en que es la voluntad del profesional la que impone de forma encubierta los requisitos del servicio jurídico que presta el bufete para impedir que el cliente pueda resolver unilateralmente el contrato con evidente y grave limitación de su derecho de defensa, pues solo será posible hacerlo mediante el desembolso de una indemnización desproporionalmente alta”. Así también, la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia 433/2018¹³, en relación a un caso donde la hoja de encargo se remitía al baremo orientador de un Colegio de Abogados, establecía lo siguiente: “aunque dicho pacto, haya sido concertado libremente entre las partes, al amparo de la libertad contractual, y no pueda ser calificado como contrario a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1.255 del C.C.), sí que debe ser considerado a luz de la doctrina y de la Jurisprudencia del T.S..., como abusivo y por tanto nulo”. Aplicando toda esta jurisprudencia al presente caso, la cliente consumidora, por buscar la tutela de los tribunales, en el ejercicio del derecho de acción que el ordenamiento le reconoce, llegó a ser condenada a pagar en concepto de honorarios un 153% del total del valor del crédito que tenía¹⁴. Ello supone, en boca del propio TJUE en la sentencia aquí comentada, un importe “desproporcionado

¹⁰ STC 87/2004, de 10 de mayo, Rec. 3534/2001

¹¹ STJUE, de 16 de julio de 2020, asunto C- 224/2019 (ECLI: EU:C:2020:578)

¹² STS 203/2011, de 8 de abril (ECLI: ES:TS:2011:2011)

¹³ SAP Madrid (Secc. 13ª) 433/2018, de 30 de noviembre (ECLI: ES:APM:2018:15547)

¹⁴ Y es que, en el caso que enjuició el JPI nº 10 bis de Sevilla, la cliente recibió un total de 870, 67 euros en concepto de importes abonados en exceso en aplicación de una cláusula suelo, mediante un acuerdo extrajudicial con la entidad bancaria. Sin embargo, su abogado le reclamó, en aplicación de la cláusula de desistimiento del contrato, el pago por la prestación de sus servicios jurídicos, un total de 1105,50 euros más IVA, esto es, 1337,65 euros. El LAJ desestimó la impugnación presentada por la cliente, fijando en esos mismos 1337,65 euros la cantidad adeudada por la consumidora. Ello supone que la cliente se ha visto empobrecida en un total de 466,98 euros, pese al reconocimiento extrajudicial de la deuda por parte de la entidad bancaria, viéndose obligada a pagar un 153,6% de lo recibido mediante el referido acuerdo extrajudicial.



en relación con el precio de los servicios prestados”, que claramente limita el derecho de acción de la consumidora.

Limitación del derecho del consumidor a poner fin al contrato. - Esta es una práctica expresamente prohibida por el TRLGDCU, que en su art. 62.3 establece que *“en los contratos de prestación de servicios... se prohíben las cláusulas que establezcan... limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato”*. Por su parte, el art. 87. 6 de la misma norma incluye como cláusula nula aquella que fije el *“establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos”*. Podrá pensarse en un primer momento que, en la medida en que la cláusula de desistimiento no penaliza la resolución del contrato de prestación de servicios, no puede suponer una limitación al ejercicio de tal derecho. Pero una cláusula de desistimiento como la que nos atañe impide al consumidor poder dejar de recibir servicios jurídicos. Esto es así puesto que el despacho fue contratado para que iniciara un proceso de declaración de abusividad de una cláusula, que se trata de un proceso por razón de la materia (art. 249.1 5º LEC) y donde, por tanto, es preceptiva la intervención de abogado. En consecuencia, el cliente, al no poder desistir de la pretensión sin ser penalizado, se verá obligado a seguir recibiendo los servicios jurídicos del abogado con el que contrató, o a recibirlos de uno nuevo. Pero se verá siempre compelido a recibir servicios jurídicos hasta que finalice el proceso, aun cuando resuelva el contrato con su abogado. Esto supone una limitación y obstaculización del *“derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos”* (art. 87.6 TRLGDCU).

Cláusula general de abusividad¹⁵. El art. 82.1 TRLGDCU establece la abusividad de aquellas cláusulas que cumplan con dos requisitos: por un lado, que sean contrarias a la buena fe y, por otro, que causen, en perjuicio del consumidor, *“un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*. Además, para apreciar la abusividad, el art. 82.3 TRLGDCU obliga a tener en cuenta tanto la naturaleza de los servicios contratados por la consumidora, como las circunstancias concurrentes a la hora de contratar y las demás cláusulas del contrato. Pues bien, del análisis de todos estos extremos enumerados, no es difícil concluir que no es esperable, conforme al principio de buena fe del art. 1258 CC y 82.1 TRLGDCU, que, por buscar la tutela de los tribunales, en aras a obtener un resarcimiento económico que aumente su patrimonio, la consumidora vaya a verse empobrecida, aun cuando haya obtenido el resarcimiento esperado. También parece lógico pensar que un consumidor medio no puede prever que, para satisfacer sus pretensiones sin verse empobrecido por ello, esté compelido a sufrir la dilación de todo un proceso judicial. Todo ello aun cuando el deudor le haya ofrecido extrajudicialmente, y ella aceptado, el pago de lo adeudado.

¹⁵ V. CARRASCO PERERA, A., *“Derecho...”*, cit., pp. 877 y ss.



Visto ya que la cláusula es contraria a la buena fe, nos faltaría dilucidar si, además, causa ese desequilibrio perjudicial para el consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes. La respuesta es sí. El propio TJUE en el presente caso se refiere a la cláusula de desistimiento alegando que establece un precio *“desproporcionado en relación con el precio de los servicios prestados en virtud de ese contrato”*. Desproporción y desequilibrio deben entenderse aquí en un mismo sentido.

Por todo lo hasta aquí estudiado, en base a unas y otras razones expuestas, y en la medida en que el TJUE ha declarado en la sentencia que venimos comentando, que una cláusula de desistimiento como la controvertida no conforma el precio del contrato, y, por tanto, no se incluye en las excepciones del art. 4.2 de la Directiva 93/13, debemos concluir que tal cláusula es abusiva y, por tanto, nula.

Sólo faltaría dilucidar si la consecuencia de la abusividad es su nulidad absoluta o la integración de la cláusula mediante el derecho dispositivo que le sea de aplicación. La respuesta, a la luz de la nueva jurisprudencia del TJUE¹⁶ y del Tribunal Supremo español¹⁷, debe ser que se ha de aplicar supletoriamente el derecho nacional. Con ello, esa laguna que conlleva la nulidad de la cláusula de desistimiento se suple en nuestro ordenamiento mediante la determinación del precio conforme al valor de mercado, como así tiene establecido el Tribunal Supremo.¹⁸ Probable y paradójicamente, aunque no necesariamente, ese precio de mercado se calcule remitiéndose, precisamente, al propio baremo del Colegio de Abogados que corresponda. Decimos que no necesariamente puesto que, los tribunales han moderado la eficacia de estos baremos calificándolos como orientativos¹⁹.

¹⁶ STJUE, de 16 de julio de 2020, asuntos C-224/19 Y c-259/19 (ECLI:EU:C:2020:578)

¹⁷ STS 555/2020, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3453)

¹⁸ SSTS de 11 de septiembre de 1996, Rec. 3624/1992; 1006/2002, 25 de octubre, Rec. 1077/1997.

¹⁹ CARRASCO PERERA (Dir.), *“Lecciones de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos en general”*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 71.