



Declaración de cláusula abusiva

Autor:

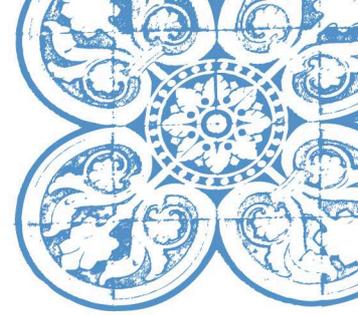
Jesús María Sánchez García

Abogado

Abril 2013



Barcelona 2013



Edita: Biblioteca de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona.
Mallorca 283, 08037 Barcelona
<http://www.icab.cat> e-mail: biblioteca@icab.cat

Primera edició, 2013
www.icab.cat

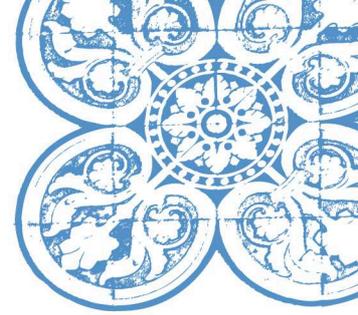
D.L. B. 13951-2013



Aquesta obra està subjecta a una llicència de [Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 3.0 No adaptada de Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/)

© Jesús María Sánchez García

© de l'edició ICAB



La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio rector tanto del ordenamiento jurídico español (artículo 51 CE), como del comunitario (art. 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (art. 8 TRLGDCU).

La sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (C-40/2008)¹ resalta la importancia del "interés público" que funda la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores y equipara el artículo 6.1 de esa norma comunitaria a las disposiciones de derecho interno con rango de norma de orden público.

El profesor Santiago A. Bello, considera que los preceptos de la Directiva son normas jurídicas de "orden público económico", que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales².

El control judicial de contenido o control material de la abusividad, pretende garantizar la exclusión de las cláusulas que sean abusivas.

En el Derecho español la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas incluidas en los contratos está regulada en los artículos 8,b y 80 á 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y el artículo 8 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

El artículo 80,1.c) del TRLGDCU 1/2007 determina que los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente deben cumplir los requisitos de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

El artículo 82 del TRLGDCU 1/2007 dispone que se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato.

Tras esta definición de carácter genérico, el legislador incorpora en los artículos 85 á 90 del TRLGDCU 1/2007 un listado de cláusulas que se consideran abusivas.

Pero sin perjuicio de la normativa nacional comentada, se hace preciso tener presente el Derecho de la Unión contenido en la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³.

Y son especialmente relevantes las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales españoles en la adecuación del derecho interno español a las disposiciones de la citada Directiva y que ha dado lugar a diversos pronunciamientos sobre las facultades de los Tribunales españoles a la hora de analizar los efectos jurídicos de las cláusulas incluidas en contratos de consumo, en aplicación de la citada Directiva 93/13.

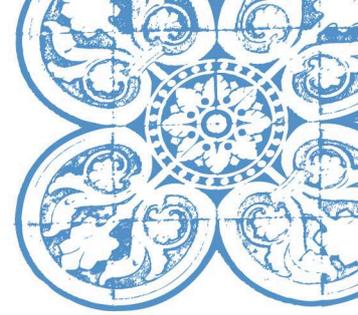
El propio legislador español se vio obligado a modificar la legislación de consumo por transponer inadecuadamente la Directiva 93/13⁴, a fin de dar cumplimiento a la sentencia de la Corte de Luxemburgo

¹ EDJ 2009/216356

² Ver más ampliamente el desarrollo que efectúa el profesor Bello Paredes en "Primera interpretación auténtica de la 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores". El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho nº 1282, 6 Nov. 2000.

³ TJUE, sentencias de 27/6/2000, C-240/1998; 10/5/2001, C-144/1999; 22/11/2001, C-541/1999;24/1/2002, C-372/1999; 7/5/2002, C-478/1999; 1/10/2002, C-167/2000; 21/11/2002, C-473/2000; 1/4/2004, C-237/2002; 9/9/2004, C-70/2003, 26/10/2006, C-168/2005; 4/10/2007, C-429/2005; 4/6/2009, C-243/2008; 6/10/2009, C-40/2008; 17/12/2009 (C-227/08); 15/04/2010 (C-511/08); 3/6/2010, C-484/2008; 9/11/2010, C-137/2008; 17/11/2011, C-327/2010; 15/3/2012, C-453/2010; 26/4/2012, C-472/2010; 14/6/2012, C-618/2010; 21/2/2013, C-472/2011; 14/3/2013, C-415/2011; 21/3/2013, C-92/2011.

⁴ Ver más ampliamente el desarrollo que efectúa el Magistrado Fernando Lacaba Sánchez, en "El Proyecto de ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios", en el Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 3, pg. 1, septiembre 2006.



de 9 de septiembre de 2004 (C-70/2003)⁵, lo que dio lugar a que se aprobara la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, por no haber adaptado correctamente nuestro Derecho interno los artículos 5 y 6, apartado 2 de la Directiva 93/13.

Como resuelve la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 22 de noviembre de 2012⁶, el principio de primacía del Derecho comunitario fue afirmada en términos globales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 15 de julio de 1964. El mismo Tribunal en la sentencia de 9 de marzo de 1978 estableció que el juez nacional tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria.

Lógicamente las sentencias dictadas por el TJUE deberá provocar una variación en los parámetros de interpretación de los Tribunales españoles, como acertadamente se cuestionaba la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, al plantear la cuestión prejudicial que fue resuelta por la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012⁷.

El Tribunal de Luxemburgo desde su sentencia dictada por el Pleno el 27 de junio de 2000⁸, (resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Magistrado Sr. Fernandez Seijo), hasta la última publicada de 21 de marzo de 2013⁹, ha venido delimitando la interpretación del concepto de “cláusula abusiva”, conforme a la Directiva 93/13, facilitando las indicaciones que el juez nacional debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula concreta.

El artículo 3 de la Directiva 93/13 establece que “1. las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. 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. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”.

El artículo 4, apartado 2 de la Directiva dispone: “1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependan”.

El artículo 6, apartado 1 de la Directiva establece: “1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato sigue siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

Por último el artículo 7, apartado 1 de la Directiva dispone: “1. 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”.

A través de la jurisprudencia emanada del TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13, puede concluirse, de forma categórica, que la tutela de los intereses de los consumidores, engloba la apreciación de la nulidad de oficio de las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con consumidores,

⁵ STJUE Sala 1ª de 9 de septiembre de 2004 (EDJ 2004/92184).

⁶ ROJ STSJ CAT 13171/2012

⁷ ROJ AAP B 5605/2010

⁸ EDJ 2000/13642.

⁹ EDJ 2013/26923



siendo de aplicación en nuestro ordenamiento interno tanto el artículo 6.3 del CC, como el artículo 83.1 del TRLGDCU.

La Corte de Luxemburgo en sus últimas sentencias de 21 de febrero de 2013¹⁰ (C-472/11), 14 de marzo de 2013¹¹ (C-415/11) y 21 de marzo de 2013 (C-92/11), ha reiterado que el sistema de protección establecido por la Directiva, se basa en la idea de que el consumidor está en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación, como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de estas.

Debido a esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1 de la Directiva dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Según la jurisprudencia del propio TJUE se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

En base a estas consideraciones, el TJUE ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

El TJUE en sus últimas resoluciones ha venido dando indicaciones sobre la interpretación del concepto de “cláusula abusiva” definido en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 93/13, resolviendo que corresponde al juez nacional pronunciarse sobre la calificación concreta como abusiva de una cláusula contractual, en función de las circunstancias propias del caso, teniendo en cuenta esas indicaciones dadas por la Corte de Luxemburgo.

A través de su reciente sentencia de 14 de marzo de 2013, el TJUE fija una serie de criterios que debe seguir el juez nacional a la hora de analizar si una concreta cláusula es abusiva, conforme al artículo 3 de la Directiva 93/13.

La citada sentencia pone de relieve que al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1 de la Directiva, delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren el carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente.

Según la indicada sentencia (apartado 68), para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un “desequilibrio importante” entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido.

Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

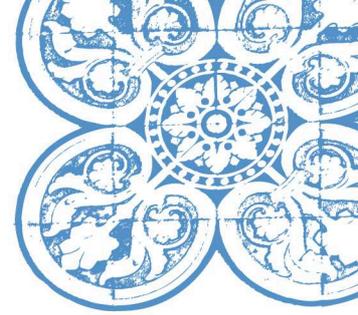
Asimismo resulta pertinente a esos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

Por otra parte en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, la sentencia nos aclara (apartado 69) que en atención al decimosexto considerando de la Directiva, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual.

Asimismo conforme al artículo 4, apartado 1 de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las

¹⁰ EDJ 2013/9874

¹¹ EDJ 2013/21522.



consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional.

Por último la referida sentencia recuerda que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3 de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

El propio TJUE, en su sentencia de 26 de abril de 2012 (C-472/2010)¹², (apartado 26) resuelve que si bien el contenido del anexo de la Directiva no puede determinar automáticamente y por sí solo el carácter abusivo de una cláusula, sí constituye un elemento esencial en el cual el juez competente puede basar su apreciación de carácter abusivo de una cláusula.

Siguiendo la jurisprudencia del TJUE (sentencias del TJUE de 4 de junio de 2009¹³ y 14 de junio de 2012¹⁴), el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en materia de cláusulas abusivas, no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello; debiendo acordar de oficio, dentro de un procedimiento contradictorio, diligencias de prueba para determinar si una cláusula que figura en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula.

Y las consecuencias de la comprobación del carácter abusivo de una cláusula, conforme al artículo 6 de la Directiva, apartado 1, es que dicha cláusula no vinculará al consumidor, sin que se pueda integrar el contrato (sentencia TJUE de 14 de junio de 2012).

A través de su sentencia de 21 de febrero de 2013, el TJUE ha declarado que los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13, deben interpretarse en el sentido de que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula.

Sin embargo, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria, según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales.

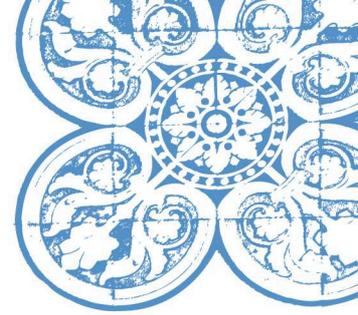
Y en cuanto a la posibilidad de examinar de oficio, incluso in limine litis, una cláusula abusiva, en cualquier tipo de procedimiento, es sumamente relevante la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Magistrado del Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona.

La citada sentencia declara que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa procesal como la española, que al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

¹² EDJ 2012/70166.

¹³ EDJ 2009/91752.

¹⁴ EDJ 2012/109012



En el análisis de las cláusulas abusivas es ilustrativo el Auto de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de noviembre de 2012¹⁵, que anticipándose a la reciente sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, declara abusiva, in limine litis, la cláusula de intereses moratorios, en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

El citado Auto resuelve que: “dentro de las categorías de invalidez generalmente aceptadas por la dogmática civil (inexistencia, nulidad radical y anulabilidad), las cláusulas abusivas en los contratos de consumo merecen la consideración de nulas de pleno derecho. Así lo establece en la actualidad el artículo 83.1 LGDCU con la apostilla de que deben tenerse por no puestas, siguiendo lo que ya acordara el artículo 10 bis, apartado 2 de esa ley introducido por la Ley 7/1998, transcripción a su vez de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la directiva 93/13”.

Por último se hace preciso analizar la función calificadoradora de oficio de las cláusulas abusivas por parte de los Registradores, conforme lo dispuesto en el artículo 258, 2 de la Ley Hipotecaria.

La DGRN, en su Resolución de 11 de enero de 2011¹⁶, analiza el contenido del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre y del artículo 18, 1 de la Ley 2/2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

La Resolución de la DGRN de 11/11/2011 (en la misma línea que resolvió en sus Resoluciones de 1 de octubre de 2010¹⁷ y 4/11/2010¹⁸), aun cuando sigue manteniendo un criterio restrictivo, se aparta del criterio que había mantenido en su Resolución de 19 de abril de 2006¹⁹, resolviendo que dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una mínima actividad calificadoradora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de circunstancias concurrentes en el supuesto concreto.

Ello supone que la función calificadoradora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que la exprese), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p.ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

Barcelona, tres de abril de dos mil trece.

¹⁵ ROJ AAP B 7931/2012

¹⁶ DGRN, Resolución, 11/1/2011, BOE 38/2011, de 4 de febrero 2011 (EDD 2011/3376).

¹⁷ DGRN, Resolución 1/10/12010 BOE 270/200, de 8 de noviembre de 2010 (EDD 2010/218584).

¹⁸ DGRN, Resolución, 4/11/2010, BOE 317/2010, de 30 de diciembre 2010 (EDD 2010/264690)

¹⁹ DGRN, Resolución de 19 de abril de 2006, BOE 128/2006, de 30 de mayo (EDD 2006/59197)