

# BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXVII

■ Núm. 2153

■ Abril de 2013



**ESTUDIO DOCTRINAL**

## **CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO**

**ADELA SERRA RODRÍGUEZ**



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

**ISSN: 1989-4767**

NIPO: 051-13-001-6

[www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)

## CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO \*

**ADELA SERRA RODRÍGUEZ**

Prof<sup>a</sup>. Titular de Derecho civil. Universitat de València

### **Resumen**

*El contrato de crédito al consumo es, generalmente, un contrato con cláusulas no negociadas individualmente al que será de aplicación, además de la Ley Contratos de Crédito al Consumo, las disposiciones relativas a cláusulas abusivas previstas en el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Se plantea este estudio un análisis de las cláusulas que, insertas en estos contratos, pueden ser declaradas nulas por abusivas, por tener cabida en los supuestos previstos en los arts. 85 a 90 TRLGDCU o causar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. Por último, a la luz de la reciente STJUE de 14 de junio de 2012 nos planteamos la subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva y la cuestionada integración del contrato parcialmente nulo.*

### **Palabras clave**

*Protección de consumidores, cláusulas abusivas, crédito al consumo, efectos de la nulidad de la cláusula.*

### **Abstract**

*The consumer credit contract has, oftenly, contractual terms which have not been individually negotiated, that will be ruled by the Agreements Credit for Consumer Act and besides by the dispositions concerning unfair terms of the Legislative RD 1/2007, of November 16. The present study raises an analysis of the clauses, insert in these contracts, that shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, they causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer. Finally, this paper analyzes the effects of unfair terms on the validity of the contract, taking into account the recent interpretation of the Court of Justice of the European Union about article 6 Council Directive 93/13/EEC.*

### **Keywords**

*Consumer Protection; unfair contractual clauses; credit agreements for consumers; effect of unfair terms on the validity of the contract.*

\* Fecha de recepción: 9 de enero de 2013. Fecha de aceptación: 4 de febrero de 2013.

## SUMARIO

1. El control de contenido de las cláusulas incluidas en contratos de crédito al consumo: las cláusulas abusivas.

1.1. La aplicación del TRLGDCU a los contratos de crédito al consumo.

1.2. El concepto de cláusula abusiva.

2. Las cláusulas sobre modificación del coste total del crédito.

3. Las cláusulas sobre intereses moratorios.

4. Las cláusulas de exoneración de responsabilidad del prestamista por la prestación del servicio financiado.

5. Las cláusulas sobre liquidación del contrato en caso de ineficacia contractual.

6. Las cláusulas sobre reembolso anticipado.

7. Las cláusulas de renuncia a la notificación al consumidor de la cesión del contrato y/o del crédito.

8. Consecuencias del carácter abusivo de la cláusula.

8.1. La nulidad de la cláusula abusiva.

8.2. La integración del contrato parcialmente nulo.

8.3. La nulidad total del contrato.

9. Bibliografía.

## 1. EL CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS INCLUIDAS EN CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

### 1.1.- La aplicación del TRLGDCU a los contratos de crédito al consumo

El contrato de crédito al consumo es, habitualmente, un contrato con condiciones generales o con cláusulas no negociadas individualmente<sup>1</sup>, por lo que le será de aplicación las disposiciones del 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 (en adelante, TRLGDCU), que contemplan, con carácter general, el régimen jurídico de los contratos celebrados entre profesionales/empresarios y consumidores y, en particular, el de las cláusulas abusivas insertas en tales contratos.

En efecto, las partes del contrato de crédito al consumo son el consumidor (prestatario) y el empresario, que es la persona física o jurídica que concede crédito “en el ejercicio de su actividad profesional o comercial” (art. 2.2 Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo —en adelante, LCCC—). Luego, para que sea aplicable el TRLGDCU el prestamista o acreditante ha de conceder crédito en el marco de su actividad, lo que le confiere carácter de “empresario” según el art. 4 TRLGDCU.

Si la concesión de crédito adopta la forma de préstamo o de apertura de crédito normalmente el empresario/prestamista será una “entidad financiera”, porque entre sus actividades típicas se encuentra la de conceder crédito o prestar dinero; aunque, también, pueden tener cabida otras empresas no financieras, como los centros comerciales que tienen organizado un sistema de financiación. Además, la concesión de crédito puede hacerse mediante otras formas, como el aplazamiento en el pago (art. 1.1 LCCC). En tal caso, el ámbito de quienes pueden ser considerados empresarios/prestamistas se amplía, hasta comprender a los propios comerciantes, profesionales o empresarios minoristas que al vender sus bienes o prestar sus servicios aceptan hacerlo mediante pago aplazado, incluso aunque lo hagan de manera ocasional o esporádica<sup>2</sup>. Estaremos, entonces, ante empresarios financiadores “no profesionales”, a los que, sin embargo, será de aplicación tanto la LCCC como el TRLGDCU.

El acreditado, prestatario o financiado ha de intervenir en el contrato como consumidor, lo que sucederá cuando se trate de una “persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, *actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional*” (art. 2.1 LCCC).

Al igual que la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, se excluye del ámbito de aplicación de la LCCC los contratos celebrados con consumidores que sean personas jurídicas que, sin embargo, sí están comprendidos en el concepto de consumidor que ofrece el art. 3 TRLGDCU<sup>3</sup>. En efecto, según este último precepto, son consumidores “las personas físicas o *jurídicas* que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”, lo que, según la doctrina, puede darse en el caso de personas jurídicas sin ánimo de lucro cuando no

<sup>1</sup> La diferencia entre una condición general de la contratación, a las que se refiere la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y una cláusula no negociada individualmente, que puede ser declarada abusiva, por aplicación del art. 82 TRLGDCU, reside en la nota de uniformidad que ha de concurrir en la primera —han de ser incorporadas a una pluralidad de contratos— y no necesariamente en la segunda. Vid. por todos, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 54-ss.

<sup>2</sup> QUINTÁNS EIRAS, M<sup>a</sup> R., “Ámbito de aplicación. Art. 1 ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, p. 1505. En efecto, la LCCC no exige que la actividad de concesión del crédito sea la actividad a la que profesionalmente se dedique el prestamista, sino que la persona jurídica o física conceda o se comprometa a conceder un crédito “en el ejercicio de su actividad comercial o profesional”.

<sup>3</sup> La Directiva 2011/83/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE, del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE 22.11.2011, L 304/64), confirma esta exclusión de las personas jurídicas del concepto de consumidor.

desempeñan actividades mercantiles (p. ej. fundaciones y asociaciones)<sup>4</sup>. Pues bien, cuando estas personas jurídicas adquieran bienes a plazos que destinen a su propia organización o funcionamiento o pongan al servicio de sus asociados o beneficiarios no podrán ser considerados “consumidores” a los efectos de aplicar las normas de la LCCC<sup>5</sup>, aunque sí lo sean según el TRLGDCU (e incluso, queden amparados por las disposiciones de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles —en adelante, LVPBM—<sup>6</sup>).

En la práctica, bajo la vigencia de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, han suscitado problemas los casos en que la persona que obtiene el crédito no es la misma que adquiere el bien o disfruta el servicio, haciendo valer el empresario la inexistencia de contratos vinculados y, en consecuencia, excluyendo la aplicación de los arts. 14 y 15 LCC. Es lo que ha sucedido con cierta frecuencia en supuestos de financiación de cursos de enseñanza de idiomas, en que la persona que celebró el contrato de enseñanza (el hijo u otro familiar) es distinta de la que obtiene el préstamo destinado a financiarlo (el padre). Concurriendo tales circunstancias —parentesco entre la persona que obtiene la financiación y la destinataria del servicio pactado— los tribunales se han inclinado por entender aplicable la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo (aplicable a los hechos), considerando que se trata de satisfacer las “necesidades personales”, aunque no sean las estrictamente personales del contratante del préstamo o crédito, sino de su hijo o familiar [en tal sentido, SSAP Asturias de 24 de octubre 2003 (AC 2003, 1706), Asturias 6 de febrero de 2004 (JUR 2004, 82065), Valencia 5 de julio de 2004 (JUR 2005, 9934), Castellón 6 de octubre de 2004 (JUR 2005, 897), A Coruña 8 octubre 2004 (AC 2005, 363), Castellón 5 abril 2005 (JUR 2005, 130409), Madrid 16 enero 2006 (JUR 2006, 116243), A Coruña 7 junio 2006 (AC 2006, 1099), A Coruña 7 mayo 2009 (JUR 2009, 270295)]<sup>7</sup>.

Luego, en tanto que estemos ante un contrato de crédito al consumo que contenga cláusulas no negociadas individualmente, éstas quedarán (deberán) sometidas a examen, a los efectos de su calificación como abusivas. El art. 82 TRLGDCU ofrece una definición de “cláusula abusiva”, al considerar como tales “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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 de las partes que se deriven del contrato” (art. 82.1). Junto a esta definición, los arts. 85 a 90 contienen un listado abierto de cláusulas que se estiman abusivas “en todo caso”<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> BADENAS CARPIO, J. M., “Comentario al art. 2 LCGC. Ámbito subjetivo”, AA.VV., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. R. Bercovitz, Elcano, 2000, p. 77; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, 2ª ed., Cizur Menor, 2002, p. 29.

<sup>5</sup> Se muestra crítica con esta exclusión, en relación con la Ley 7/1995, de 23 de marzo, QUINTÁNS EIRAS, M<sup>a</sup> R., cit., p. 1504. También, PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, Valencia, 2001, p. 36. Según este autor el legislador presume que las personas jurídicas con sus actuaciones “sólo pueden perseguir un propósito: la realización de su objeto social, que siempre será profesional o empresarial, y en tanto que esto es así, cesa la protección por estimar que no existe bien que tutelar”.

<sup>6</sup> Esta Ley, que regula los contratos de préstamo destinados a financiar la adquisición de bienes muebles corporales no consumibles, es aplicable tanto a los prestatarios personas físicas como jurídicas, siempre que los bienes adquiridos y financiados con tales préstamos no se destinen, con o sin ulterior transformación, a la reventa al público (art. 5). En cualquier caso, cuando un contrato sometido a la LVPBM esté también incluido en el ámbito de aplicación de la LCCC, se regirá por los preceptos de esta última, sino la LVPBM de aplicación supletoria (art. 2 LVPBM, tras la redacción de la DF 2ª LCCC).

<sup>7</sup> En este sentido, en relación con la Ley 7/1995, pone de relieve QUINTÁNS EIRAS, M<sup>a</sup> R., cit., pp. 1504-1505, que “se puede ser consumidor a los efectos de la LCC, aunque no se haya sido parte en el contrato de consumo, para cuya financiación se ha concertado el crédito, como sucede cuando se contrata un crédito para financiar operaciones no crediticias destinadas a la cobertura de necesidades familiares”. Idéntica conclusión cabe extraer, a mi juicio, con la actual LCCC.

<sup>8</sup> La caracterización del listado de cláusulas abusivas contenido en el TRLGDCU (anteriormente en la LGDCU) como una lista “negra” (que operaría de manera automática, sin haber lugar a la discrecionalidad judicial) o “gris” (cláusulas presuntamente abusivas, que deberían ser valoradas en el caso concreto) ha sido debatida por la doctrina. Actualmente, parece mayoritaria la tesis que se inclina por entender que dentro del listado conviven cláusulas negras junto con grises, tanto por la indeterminación de su supuesto de hecho como por contener conceptos jurídicos indeterminados, lo que exigiría una apreciación o ponderación judicial *ad casum*, teniendo en cuenta los parámetros a los que se refiere el art. 82.3 TRLGDCU (esto es, la naturaleza de los bienes o servicios, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa). V. al respecto MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>, “Concepto de cláusulas abusivas. Art. 82”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid,

## 1.2.- El concepto de cláusula abusiva

A diferencia del control de incorporación o meramente formal de las cláusulas no negociadas individualmente, previsto en los apartados a) y b) del art. 80.1 TRLGDCU, el art. 82 contempla un control de contenido de las cláusulas no negociadas, que implica el contraste de la cláusula concreta bien con cualquiera de las recogidas en los arts. 85 a 90, bien con el parámetro de la “buena fe” y el equilibrio contractual (derechos y obligaciones de las partes)<sup>9</sup>. Si la cláusula no supera dicho control, será calificada de abusiva y, en consecuencia, nula (art. 83 TRLGDCU).

Llegados a este punto, nos detendremos a analizar algunas de las cláusulas que, con cierta frecuencia, podemos encontrar los contratos de crédito al consumo, a los efectos determinar su carácter abusivo, por quedar subsumidas en el supuesto de hecho de alguna de las previstas en los arts. 85 a 90 o por causar, en contra de las exigencias de la buena fe, en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y deberes de las partes (art. 82.1 TRLGDCU).

## 2. LAS CLÁUSULAS SOBRE MODIFICACIÓN DEL COSTE TOTAL DEL CRÉDITO

El art. 22 LCCC contiene una serie de previsiones sobre la modificación del coste total del crédito<sup>10</sup>, de tal modo que no ajustándose a éstas dicha variación será nula por ilegal (cfr. art. 5 LCCC). La regla general está enunciada en el primer apartado: “El coste total del crédito no podrá ser modificado en perjuicio del consumidor, a no ser que esté previsto en acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito”. Luego, con carácter general, la norma proscribire la modificación del coste del crédito hecha unilateralmente por el empresario, al exigir el consentimiento del consumidor, que deberá constar por escrito. La regla “pacta sunt servanda” conduce al mantenimiento de las cláusulas del contrato durante toda su existencia, y se exige un expreso acuerdo entre las partes para que puedan modificarse las condiciones contractuales pactadas.

Ahora bien, en la práctica, el contrato de crédito al consumo, incluirá entre sus cláusulas, aquella en la que el consumidor autorice o consienta la modificación del coste total del crédito que, sin embargo, para su validez deberá ajustarse a las previsiones del art. 22 LCCC y del art. 85.3 TRLGDCU.

Dicho acuerdo deberá contener como mínimo los extremos previstos en el art. 22.3 LCCC<sup>11</sup>. Junto a ello, cuando se traten de modificaciones en el coste total del crédito distintas de las previstas en el art. 18 y en el art. 19.2 LCCC se exige una notificación individualizada y previa al consumidor, con la finalidad de que tenga conocimiento preciso del contenido de dicha modificación (cómputo detallado, según el procedimiento de cálculo acordado, que da lugar a esa modificación) para, en su caso, formular la correspondiente reclamación al prestamista en caso de discrepancia del cálculo efectuado.

2011, pp. 744-745; CÁMARA LAPUENTE, S., “Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor. Art. 86”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, pp. 833 y 834.

<sup>9</sup> Para un análisis detallado del concepto de cláusula abusiva vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>, “Disposición Adicional Primera Tres”, AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones generales de la contratación*, dirs. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, coord. J. Alfaro, Madrid, 2002, pp. 893-ss., y “Concepto de cláusulas abusivas. Art. 82”, cit., pp. 711-753.

<sup>10</sup> Según el art. 6 a) LCCC por coste total del crédito debe entenderse “todos los gastos, incluidos intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista, con excepción de los gastos de notaría”. También se incluyen el coste de servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito, como las primas de seguro, si la obtención del crédito se condiciona a la celebración del contrato de servicios.

<sup>11</sup> a) Los derechos que contractualmente correspondan a las partes en orden a la modificación del coste total del crédito inicialmente pactado y el procedimiento a que ésta deba ajustarse; b) El diferencial que se aplicará, en su caso, al índice de referencia utilizado para determinar el nuevo coste; c) La identificación del índice utilizado o, en su defecto, una definición clara del mismo y del procedimiento para su cálculo.

El art. 18.1 LCCC establece la obligación de informar al consumidor de las modificaciones del tipo deudor “antes de que el cambio entre en vigor”. Sin embargo, el segundo apartado permite que dicha información individualizada y previa se sustituya por la información “periódica” en los casos en que la modificación se deba a la modificación de un tipo de referencia, siempre que el nuevo tipo de referencia sea publicado oficialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda o por el Banco de España y la información esté también disponible en los locales de la prestamista. Esta sustitución debe haber sido “acordada” por las partes, lo que supondrá de hecho la inclusión entre el clausulado contractual de dicha previsión.

Asimismo, atendiendo al art. 19 LCCC, para el caso de incrementos del tipo deudor o de recargos que deba pagar el consumidor en un contrato de crédito concedido en forma de posibilidad de descubierto es posible sustituir la información previa e individualizada al consumidor de dicho cambio por una información al menos trimestral mediante un extracto de cuenta en papel o cualquier otro soporte duradero, siempre y cuando dicha modificación se deba a la modificación del tipo de referencia objetivo y oficial y esté publicado en el tablón de anuncios del local del prestamista.

Luego, para que las modificaciones del coste total del crédito sean válidas habrá que atender al consentimiento por escrito del consumidor y además cumplir las obligaciones de notificación previa o de comunicación posterior según establecen los arts. 18, 19 y 22, atendiendo al tipo de modificación efectuada.

De otra parte, cabe destacar que el art. 85.3 TRLGDCU contempla como abusiva la cláusula que reserva a favor del empresario facultades de modificación unilateral del contrato “salvo que concurran motivos válidos especificados en el contrato”<sup>12</sup>. No obstante, atendiendo a la especial naturaleza de la actividad, tratándose de contratos de servicios financieros el párrafo segundo del art. 85.3 autoriza al empresario (prestamista) la reserva de la facultad de modificar unilateralmente el tipo de interés y otros gastos relacionados con los servicios financieros, siempre que se cumplan determinadas exigencias.

En el caso de una relación contractual de duración determinada, como es la que aquí nos interesa, se considera “razón válida” que justifica la reserva por parte del prestamista de la facultad de modificar unilateralmente el tipo de interés adeudado o el importe de los gastos relacionados con servicios financieros prestados el hecho de la variación del índice al que deben éstos ajustarse, siempre que se trate de un “índice legal” y se describa el modo de variación del tipo<sup>13</sup>. Concurriendo tales circunstancias, no sólo la cláusula de reserva no será abusiva, sino que tampoco se exige que se comunique al consumidor de manera previa la citada modificación unilateral (que se lleva a cabo sin su consentimiento), según se desprende del art. 85.3.II TRLGDCU.

Por tanto, sólo cuando se trate de una modificación objetiva, que no dependa de la mera voluntad del empresario (cfr. art. 1256 CC), fácilmente comprobable por el consumidor, y prevista expresamente como tal en el clausulado contractual será válida dicha cláusula de reserva. Ahora bien, el empresario deberá informar al consumidor de la modificación del coste del crédito, según las previsiones del art. 18, 19 y 22 LCCC y, con ello, de las obligaciones que asume a partir del momento en que entró en vigor la modificación.

Según el párrafo segundo del art. 85.3 TRLGDCU es posible que la modificación del tipo de interés o del importe de los gastos asociados a los servicios financieros obedezca a otra “razón válida” (por ejemplo, un índice objetivo, pero no oficial), siendo necesario en tal caso informar “en el más breve plazo” al consumidor, para que, si así lo estima, pueda resolver el

<sup>12</sup> Se ha criticado, acertadamente a mi juicio, la expresión “motivos válidos” empleada en el art. 85.3 TRLGDCU, que es desconocida por nuestro ordenamiento y que hay que interpretar como “inimputabilidad del cumplimiento exacto”. En tal sentido, PERTÍÑEZ VÍLchez, F., “Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. Art. 85”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, p. 801.

<sup>13</sup> El art. 85.10 TRLGDCU considera válidas las cláusulas que prevean la adaptación de los precios a un índice, siempre que los índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio.

contrato sin penalización alguna, ante el cambio sobrevenido de las circunstancias<sup>14</sup>. Esta previsión está en la línea de la regla enunciada en el art. 85.10 TRLGDCU, según la cual “son abusivas las cláusulas que otorguen al empresario la posibilidad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio resulta muy superior al inicialmente estipulado”.

En el mismo sentido, cabe tener en cuenta que el art. 22.2 LCCC exige que la variación, al alza o a la baja, del coste del crédito, deberá ajustarse a un “índice objetivo” que, sin embargo, no ha de ser necesariamente un “índice legal u oficial”. Si la variación del coste del crédito se lleva a cabo en función de un índice legal, será de aplicación la primera regla del art. 85.3.II TRLGDCU, esto es, el prestamista podrá prescindir de la notificación previa e individualizada al consumidor, si bien deberá en todo caso informar al consumidor en el siguiente extracto o por medio de cualquier otra comunicación escrita la aplicación del tipo de interés o los gastos pertinentes. Así se desprende de los arts. 18.2 y 19.2 LCCC.

En suma, se permite una variación del tipo de interés pactado inicialmente, siempre y cuando pueda perjudicar o beneficiar a ambas partes del contrato, siendo tanto al alza como a la baja, y que ninguna de las partes pueda prevalerse imponiendo una modificación del tipo de interés que dependa de un tipo de referencia en cuya determinación contribuya, puesto que tal tipo ha de ser “objetivo”. Por todo lo anteriormente expuesto, será nula por abusiva la cláusula, incluida en el contrato de crédito al consumo, según la cual las variaciones a la baja del tipo de interés deban ser instadas por el consumidor prestatario, de modo que si éste no comunica a la entidad prestamista su deseo de que sea revisado, se mantenga en el porcentaje del período anterior, mientras que las variaciones al alza sean aplicables automáticamente.

### 3. LAS CLÁUSULAS SOBRE INTERESES MORATORIOS

A diferencia de los intereses remuneratorios que, por afectar a los elementos esenciales del contrato (al precio, específicamente), no pueden quedar sometidos al control de contenido del TRLGDCU<sup>15</sup>, no hay inconveniente en someter la cláusula sobre intereses moratorios al control específico de contenido del TRLGDCU y, por ende, calificarla de abusiva.

Existen numerosos pronunciamientos judiciales que han estimado abusivas, por ser desproporcionadas, las cláusulas sobre intereses moratorios incluidas en contratos de préstamo o crédito con consumidores. En efecto, el art. 85.6 TRLGDCU considera abusiva la cláusula que imponga una “*indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor o usuario que no cumpla con sus obligaciones*”. Atendiendo a la función indemnizatoria que se atribuye a los intereses moratorios<sup>16</sup>, será posible calificar de abusiva la cláusula que imponga al consumidor que se demore en el pago unos intereses “desproporcionadamente altos o excesivos”. Dada la imprecisión o inconcreción del supuesto de hecho —“indemnización desproporcionadamente alta”— la consideración de abusiva o no de la cláusula sobre intereses moratorios requerirá de la valoración judicial en el caso concreto, atendiendo al parámetro previsto en el art. 82.1 y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento

<sup>14</sup> La Norma Sexta, 6, letra d) de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela de las entidades de crédito, establece que el índice de referencia utilizado para determinar el nuevo coste deben fijarse con procedimiento objetivo, por lo que no podrán utilizarse los de la propia entidad prestamista ni los de su grupo.

<sup>15</sup> A pesar de que el legislador español ha dejado fuera, al trasponer la Directiva 93/13/CE, el art. 4.2, según el 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 manera clara y comprensible”, la doctrina mayoritaria sostiene que los elementos esenciales (precio y contraprestación) no quedan sometidos al control específico previsto en el TRLGDCU.

<sup>16</sup> Siendo la obligación demorada de dinero, el daño sufrido por el acreedor consiste en la no disposición del capital en el tiempo pactado y en no haber podido disfrutar de sus frutos, esto es, de los intereses que hubiera podido devengar. Así, por todos, v. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Madrid, 2008, pp. 676-677. Por tanto, los intereses moratorios suponen una liquidación del daño sufrido por el acreedor, cumpliendo, además, según cierta jurisprudencia y doctrina, una función punitiva o sancionadora por la mora del acreditado.

de celebración del contrato, las demás cláusulas del contrato y de otro del que éste dependa (art. 82.3 TRLGDCU), permitiendo un mayor margen de discrecionalidad que otras cláusulas cuya calificación de abusivas opera de manera automática<sup>17</sup>.

En la tarea de valorar el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios por suponer una “indemnización desproporcionadamente alta” al deudor incumplidor el juez deberá contrastar la cláusula en concreto que se está analizando con el Derecho que sería aplicable sin la condición o cláusula predispuesta, sometiendo el resultado al filtro de la cláusula general de la buena fe y el equilibrio de derechos y obligaciones de las partes<sup>18</sup>.

Al respecto, hay doctrina que ha estimado que son proporcionados y, en consecuencia, admisibles en contratos con consumidores, los intereses moratorios que se mueven entre los intereses legales, a los que se refiere el art. 1108 CC en defecto de pacto, y el límite del art. 89.7 TRLGDCU, que remite al art. 19.4 Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, para los intereses por los descubiertos en cuenta corriente de crédito. Dentro de ese margen de conformidad con la buena fe, los intereses moratorios se considerarían “proporcionados”<sup>19</sup>.

Para los contratos de créditos que se concedan en forma de descubierto tanto el anterior art. 19.4 LCC/1995 como el vigente art. 20.4 LCCC prevén como límite máximo al tipo de interés aplicable a estos descubiertos el que dé lugar a una tasa anual equivalente no superior en 2,5 veces el interés legal del dinero<sup>20</sup>. Por tanto, la cláusula que, inserta en un contrato de crédito al consumo concedido en forma de descubierto tácito, prevea intereses moratorios que superen dicho límite será nula, pero no por abusiva, sino por vulnerar una norma de carácter imperativo (art. 6.3 CC).

Existen, no obstante, pronunciamientos que consideran que la limitación prevista en la LCCC —tipo de interés que dé lugar a una TAE no superior a 2,5 veces el interés del dinero— puede servir como “criterio objetivo” y orientativo para calificar de abusivas las cláusulas que fijan los intereses moratorios en cualquier contrato de préstamo o crédito y no necesariamente el concedido bajo la forma de descubierto<sup>21</sup>. El límite del art. 20.4 LCCC sería uno de los parámetros para valorar si la cláusula sobre intereses moratorios es desproporcionada, produciendo un desequilibrio en perjuicio del consumidor, contrario a las exigencias de la buena fe. En este sentido, se pronuncian las SSAP Córdoba 4 mayo 2001 (AC 2001, 1082) y 18 febrero 2003 (AC 2003, 183), Huelva 9 julio 2001 (JUR 2001, 307899), Santa Cruz de Tenerife 26 abril 2006 (AC 2006, 860), Asturias 17 septiembre 2008 (JUR 2008, 361025); AP;

<sup>17</sup> Es esta cláusula un ejemplo de cláusula gris, en el sentido de que los términos imprecisos empleados para identificar su supuesto de hecho exige una ponderación judicial a la luz del art. 82.1 y 82.3 TRLGDCU. Así, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>ª</sup>, “Disposición Adicional Primera Tres”, cit., pp. 947, 952- 957; y en relación con las incluidas en el art. 86 hace esta reflexión CÁMARA LAPUENTE, S., “Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor”, cit., pp. 833-834.

<sup>18</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>ª</sup>, “Disposición Adicional Primera Tres”, cit., pp. 947-948.

<sup>19</sup> En este sentido, REGLERO CAMPOS, F., “Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas”, *Aranzadi Civil*, 1998, p. 1662, BIB 1999/371; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>ª</sup>, “Disposición Adicional Primera Tres”, cit., pp. 948. Para este último autor si existen intereses remuneratorios superiores a los legales habría que tomar los primeros como término de comparación de los moratorios pactados; si son inferiores a los legales, habrá que comparar los moratorios con los legales. Si hay diferencia habrá que valorar si supone un desequilibrio importante para el consumidor, para lo que podrá acudir por analogía al art. 19.4 LCC/1995.

<sup>20</sup> El fundamento de este límite es la protección del consumidor ante el perjuicio que le puedan ocasionar altos tipos de interés, en un momento en que, al generar el descubierto, suele encontrarse en una situación de necesidad y en la que puede actuar, además, ignorando la cuantía a la que ascienden los intereses a pesar de estar publicados en el tablón de anuncios de la entidad y en el folleto correspondiente, según la normativa aplicable (OM 12 diciembre 1989 y Circular del Banco de España 8/1990, de 7 septiembre). V. ÁLVAREZ OLALLA, P., “La protección del consumidor ante los descubiertos en cuenta corriente”, *La protección jurídica de los consumidores*, dir. J. J. MARÍN LÓPEZ, coord. R. SÁNCHEZ ARISTI, Madrid, 2003, pp. 21-ss.; y en “Contratos de financiación”, AA.VV., *Tratado de contratos*, Tomo IV, dir. R. Bercovitz, Valencia, 2009, pp. 3935-3936.

<sup>21</sup> En contra de una ampliación del ámbito de aplicación del límite previsto en el anterior art. 19.4 LCC/1995 a todas las operaciones crediticias sostiene ÁLVAREZ OLALLA, P., cit., pp. 28-29, que la redacción del Proyecto de LCCG, de donde procede de la cláusula 29 de la Disp. Adicional Primera Seis LGDCU (que ha pasado al vigente art. 89.7 TRLGDCU), deja claro que sólo se aplica a los descubiertos en cuenta corriente aceptados tácitamente.

Badajoz 20 febrero 2006; Valencia 4 octubre 2007, Barcelona 4 noviembre 2010 (AC 2001, 119)<sup>22</sup>.

Sin embargo, esta doctrina no es pacífica en las resoluciones de las Audiencias Provinciales, ya que algunas estiman la inaplicabilidad del límite previsto en el anterior art. 19.4 LCC/1995 a los efectos de valorar el carácter abusivo de las cláusulas sobre intereses moratorios incluidos en contratos de préstamo o crédito al consumo<sup>23</sup>, advirtiendo, además, que la función que cumplen éstos como cláusula penal por el incumplimiento de la obligación de pago de los plazos pactados, con finalidad disuasoria y de liquidación anticipada de los daños y perjuicios, conduce a que han de estimarse, en principio, legítimas y eficaces [Auto AP Barcelona 28 diciembre 2009 (JUR 2010, 107905) y Auto AP Barcelona 4 noviembre 2010 (AC 2011, 119)]<sup>24</sup>.

En ocasiones, aún teniendo en cuenta el criterio orientativo del tipo máximo de interés previsto en el anterior art. 19.4 LCC/1995 (actual art. 20.4 LCCC), se toman en consideración, en orden a calificar de abusiva la cláusula sobre intereses moratorios, las demás cláusulas del contrato, así como las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato, conforme lo dispuesto en el art. 82.3 TRLGDU. En atención a estas circunstancias concurrentes y demás cláusulas del contrato, hay sentencias en que, para determinar el carácter abusivo, se compara el interés moratorio —que es objeto de examen judicial—, con el interés remuneratorio pactado en el concreto contrato de préstamo o crédito y con el interés legal del dinero fijado para el año en que se concertó aquél. Si el interés moratorio, impuesto por la cláusula controvertida, es notablemente superior al remuneratorio pactado y al interés legal del dinero establecido para dicho año se considera que hay una desproporción injustificada en perjuicio del consumidor, que conduce a la calificación de la cláusula como abusiva<sup>25</sup>.

Incluso, algún pronunciamiento entiende que el parámetro para medir la abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios ha de ser el tipo de interés de demora fijado a los efectos del art. 7.2 Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, en el semestre del año en que se celebró el contrato<sup>26</sup>. Se ha advertido por la doctrina, acertadamente, que no puede aplicarse analógicamente esta disposición como límite a los intereses moratorios en contratos de préstamo con consumidores, al no existir identidad de razón, ya que aquella norma está prevista para operaciones comerciales entre empresas o entre empresas y la Administración, siendo además un tipo mínimo (se admite el pacto en contrario) y porque, en la Ley 3/2004,

<sup>22</sup> Aunque en la Sentencia se sostiene que el límite previsto en el art. 19.4 LCC/1995 puede servir como “criterio objetivo analógico” para calificar de abusivos los intereses moratorios acaba considerando proporcionados los intereses de demora del 23% incluidos en condiciones generales de un préstamo personal.

<sup>23</sup> Así, entre otras, la SAP Asturias 18 de septiembre de 2009 (AC 2009, 2020) estima inaplicable el art. 19.4 LCC/1995 a operaciones negociales distintas a las reguladas en este precepto, esto es, a crédito concedido en forma de descubierto tácito. También, la SAP Álava 13 abril 2011 (AC 2011, 519).

<sup>24</sup> Para PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión”, AA.VV., *Tratado de contratos*, Tomo II, dir. R. Bercovitz, Valencia, 2009, p. 1652, y en “Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. Art. 85”, cit., p. 816, el límite del art. 19.4 LCC/1995 es una mera referencia. Además, sostiene acertadamente que en un contexto en que el tipo de interés legal sea muy bajo, si el interés moratorio se fija en el límite máximo de 2,5 veces el interés legal del dinero no podrá cumplir “su doble función liquidatoria de daños y de garantía”.

<sup>25</sup> La SAP Córdoba 18 febrero 2003 (AC 2003, 183) estima abusiva la cláusula que prevé intereses moratorios del 24% en un préstamo personal cuyo interés remuneratorio pactado era del 7,5% y el legal en aquel momento el 5%, reduciéndolo al 12,5% (esto es, aplicando el límite previsto en el art. 19.4 LCC). En el mismo sentido, la citada SAP Córdoba 4 mayo 2001 (AC 2001, 1082) para un interés moratorio del 29%, más de cinco veces y media el interés legal y con un interés nominal del 9%. A la misma conclusión llega la SAP Santa Cruz de Tenerife 26 abril 2006 (AC 2006, 860) para unos intereses de demora del 29% que superan en más de cinco veces el interés legal del dinero, limitándolos al tipo previsto en el anterior art. 19.4 LCC/1995. También, la SAP Huelva 9 julio 2001 (JUR 2001, 307899) considera que el interés moratorio del 34% es desproporcionado, teniendo en cuenta que el interés legal para el año en que se concertó el préstamo al consumo era del 9%, por lo que lo reduce al 22,5% (esto es, a 2,5 veces el interés legal del dinero). En cambio, la SAP Castellón 12 enero 2007 (no estima abusivo el interés moratorio del 29% cuando el nominal pactado era del 10%).

<sup>26</sup> La SAP Asturias 18 septiembre 2009 (AC 2009, 2020) tiene en cuenta para declarar abusiva la cláusula de intereses moratorios incluida en un contrato de préstamo entre consumidores y una entidad financiera, el tipo de interés de demora previsto a los efectos del art. 7 Ley 3/2004 en el primer semestre del año en que se celebró el contrato, y que ascendía al 11,07%, “debiendo ser éste el que se incorpore sustituyendo el 25% que era el fijado”.

a diferencia de los contratos de préstamos con consumidores, la parte contractual débil es el acreedor<sup>27</sup>.

Además, como hemos apuntado, el carácter abusivo de la cláusula sobre intereses moratorios debe tener en cuenta la naturaleza del contrato ex art. 82.3 TRLGDCU, lo que justifica, según la doctrina, que los intereses de demora en un préstamo personal sean superiores a los pactados en un préstamo hipotecario, teniendo en cuenta el mayor riesgo que sufre el acreedor en el primer supuesto<sup>28</sup>.

De otra parte, se ha planteado, también, la aplicación a los intereses moratorios de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, que considera usuario el interés que “sea notablemente superior al normal del dinero y que resulte desproporcionado en relación con las circunstancias del caso”; o el interés estipulado en condiciones tales que resulte leonino, si existen motivos para estimar que ha sido aceptado por el deudor a causa de una situación de urgencia, de inexperiencia o de limitación de facultades mentales. La consecuencia del carácter usurario del interés pactado es la nulidad del contrato de préstamo (art. 1.1), a diferencia de la derivada del carácter abusivo de la cláusula sobre intereses moratorios, que es la nulidad parcial del contrato, esto es, en principio, sólo de la cláusula abusiva. La jurisprudencia ha oscilado entre las sentencias que rechazan su aplicación a los intereses moratorios, por cumplir éstos una función de sanción por el incumplimiento y poder ser fijados libremente al amparo del art. 1255 CC [SSTS 2 octubre 2001 (RJ 2001, 7141), 4 junio 2009 (JUR 2009, 307646), 26 octubre 2011 (RJ 2011, 1126), SAP Asturias 18 septiembre 2009 (AC 2009, 2020), AAP Barcelona 4 noviembre 2010 (AC 2011, 119)] y las que estiman que, pese a cumplir una función diversa a los remuneratorios, sí les es de aplicación [STS 7 mayo 2002 (RJ 2002, 4045), AAP Barcelona 28 diciembre 2009 (JUR 2010, 107905)].

La sanción prevista en el TRLGDCU para la cláusula abusiva es su nulidad (art. 83), como analizaremos más adelante. Luego, declarado el carácter abusivo de la cláusula sobre intereses moratorios, por suponer una indemnización desproporcionadamente alta, corresponderá al juez la integración del contrato “con arreglo a lo dispuesto en el art. 1258 CC y al principio de buena fe objetiva”, disponiendo, además, de “facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario” (art. 83.2º).

Al respecto, podría mantenerse que el juez debe integrar el contrato parcialmente nulo, aplicando sin más el art. 1108 CC que, como sabemos, remite a los intereses legales “si no hay pacto”. Esta solución podría justificarse en el art. 65 TRLGDCU, que dispone, con carácter general, que la integración de los contratos con consumidores “conforme al principio de buena fe objetiva” debe hacerse en “beneficio del consumidor”, consiguiendo, de esta manera, un efecto disuasorio para los predisponentes, que les desincentive a incluir cláusulas nulas por abusivas<sup>29</sup>. En esta línea, se sitúan aquellos autores que sostienen que el juez, en su labor de integración del contrato parcialmente nulo, no debe reducir la cláusula nula —en nuestro caso, sobre intereses moratorios desproporcionados— a una medida que no sea abusiva, ya que ello supone sustituir al predisponente auxiliándole en una tarea que éste debería haber llevado a cabo de una manera no abusiva, además de que ello conlleva a resultados distintos a los del Derecho dispositivo, conculcando la finalidad preventiva de las cláusulas abusivas<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> PERTÍÑEZ VÍLchez, F., “Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. Art. 85”, cit., p. 816.

<sup>28</sup> PERTÍÑEZ VÍLchez, F., “Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. Art. 85”, cit., pp. 816-817, que cita la SAP Lleida 30 julio 2007, como ejemplo de este razonamiento.

<sup>29</sup> Vid. sobre la integración del contrato nulo y la necesidad de desincentivar las cláusulas abusivas el razonamiento de PERDICES HUETOS, A. B., “Comentario al art. 10”, AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones generales de la contratación*, dirs. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, coord. J. Alfaro, Madrid, 2002, pp. 521-547; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>, “Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato. Art. 83”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, pp. 764-765. Se inclinan, también, por limitar el tipo al máximo legal ÁLVAREZ OLALLA, P., cit., p. 28; BOSCH CAPDEVILA, E. y GIMÉNEZ COSTA, A., “Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, *RCDI*, núm. 692, 1995, p. 1815.

<sup>30</sup> V. la argumentación que realiza MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>, “Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato. Art. 83”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, p. 764. Por

No obstante, como hemos expuesto anteriormente, los tribunales, tras la declaración de la cláusula controvertida como abusiva, suelen proceder a moderarlos, teniendo en cuenta si en el contrato de crédito al consumo se han pactado intereses remuneratorios, si éstos son superiores a los legales, así como el carácter sancionador o indemnizatorio que se atribuyen a los moratorios, lo que justifica la fijación de un tipo de interés algo superior al remuneratorio pactado<sup>31</sup>. Además, como hemos visto, no son pocas las sentencias que para integrar la cláusula abusiva sobre intereses moratorios acuden a una moderación de los intereses pactados hasta el límite de tipo de interés que para los créditos concedidos en forma de descubierto preveía el art. 19.4 LCC y recoge el actual art. 20.4 LCCC<sup>32</sup>.

En todo caso, a partir de la Sentencia TJUE de 14 junio 2012<sup>33</sup>, que analizaremos más adelante, que ha declarado contrario al art. 6.1 Directiva 93/13/CEE el art. 83 TRLGDCU, que permite al juez sustituir la cláusula nula por abusiva e integrar el contrato, la consecuencia de la declaración de abusiva de una cláusula inserta en contrato con consumidores será sin más su nulidad, sin que le sea posible al juez integrar el contrato parcialmente nulo, que subsistirá sin dicha cláusula si es posible y, en caso contrario, deberá proceder a declarar la nulidad de todo el contrato.

#### 4. LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL PRESTAMISTA POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO FINANCIADO

La Ley 16/2011 ha zanjado definitivamente las cuestiones que habían suscitado los llamados contratos vinculados, al desaparecer el requisito de la “exclusividad” del acuerdo previo entre el prestamista y el proveedor [art. 15.1 b) LCC/1995], que tantos problemas había generado bajo la vigencia de la Ley anterior y que había sido interpretado de manera diversa por los tribunales<sup>34</sup>.

El art. 29.1 LCCC ofrece una definición mejorada respecto de la anterior Ley del “contrato de crédito vinculado”, que es aquel en el que “el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo”. En estos contratos de financiación vinculados al contrato de consumo, la eficacia del contrato de financiación depende de la eficacia del contrato de consumo. Por ello, se prevé la propagación de la ineficacia del contrato de consumo al de crédito (art. 29.2 y 26.2 LCCC).

En caso de incumplimiento del proveedor de servicios o de bienes el art. 29.3 LCCC reconoce al consumidor la facultad de ejercitar contra el prestamista “esos mismos derechos” que tiene frente al proveedor, además de poder ejercitarlos contra éste, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el art. 29.3 a) y b). La norma, al igual que ya hiciera el anterior art. 15 LCC/1995, deja sin precisar qué derechos son los que puede ejercer el consumidor frente al prestamista<sup>35</sup>. No hay duda de que el consumidor podrá hacer valer frente al prestamista la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) frente a la pretensión

ello, considera CARRASCO PERERA, Á., “Invalidez e ineficacia de contratos con consumidores”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coord. J. Delgado, 2007, versión on line, [www.codigo-civil.info](http://www.codigo-civil.info), que es preferible la nulidad total de la cláusula a su integración por vía de reducción.

<sup>31</sup> En esta línea, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. Art. 85”, cit., p. 818.

<sup>32</sup> Así ocurre con todas las sentencias de Audiencias que toman como parámetro de abusividad el límite previsto en el art. 19.4 LCC/1995.

<sup>33</sup> Puede consultarse en [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu), Jurisprudencia, Asunto C-618/10.

<sup>34</sup> Ahora, sólo se exige que haya “unidad comercial”, lo que se presume cuando el prestamista y el proveedor de bienes o de servicios han pactado una retribución por la que éste abonará a aquél una cantidad por la celebración del contrato de préstamo [art. 3 f) II LCCC]. Para un exhaustivo análisis de las resoluciones judiciales sobre contratos vinculados v. MARÍN LÓPEZ, M. J., *Crédito al consumo y contratos vinculados*, Cizur Menor (Navarra), 2010.

<sup>35</sup> Por ello, considera MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor y crédito al consumo. Análisis del Proyecto de Ley de contratos de crédito al consumo”, *RDP*, nº 95, 211, p. 80, que el legislador español no ha sido muy diligente en la trasposición de la Directiva, que dispone que los Estados miembros “establecerán en qué medida y bajo qué condiciones se podrá ejercitar el derecho de recurso del consumidor contra el prestamista”.

de cumplimiento del financiador, permitiendo con ello suspender los pagos, pero incluso se reconoce la posibilidad de que ejerza “activamente” otros derechos frente al prestamista, como la acción de cumplimiento, la pretensión de rebaja del precio (como efecto de la falta de conformidad del bien de consumo) o la devolución del precio como consecuencia de la resolución del contrato<sup>36</sup>. Con esta interpretación, se traslada al prestamista todo el riesgo de insolvencia del vendedor<sup>37</sup>.

En cuanto aquí interesa, será nula, por contraria a la ley, la cláusula contenida en los contratos de préstamo por la que el prestamista quede liberado de responsabilidad por el incumplimiento contractual del proveedor de bienes o servicios. Así, lo estimó ya la STS 19 febrero 2010 (RJ 2010, 1787). Además, la cláusula que prevea cualquier otra limitación “de forma inadecuada” de los derechos que competen al consumidor frente al prestamista por incumplimiento o cumplimiento del empresario proveedor de bienes o servicios deberá considerarse abusiva, en virtud del art. 86.1 TRLGDCU, lo que exigirá una valoración en el caso concreto atendiendo a los parámetros previstos en los arts. 82.1 y 82.3 TRLGDCU<sup>38</sup>.

## 5. LAS CLÁUSULAS SOBRE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO EN CASO DE INEFICACIA CONTRACTUAL

Distinto a los contratos de crédito vinculados (o contratos de financiación vinculados al contrato de consumo), definidos en el art. 29 LCCC, es el supuesto contemplado en el art. 26.1 LCCC, que se califica de “contrato vinculado a la obtención de un crédito”. Según el art. 26.1 “la eficacia de los contratos de consumo, cuyo objeto sea la adquisición por parte de un consumidor de bienes o servicios, en los que el consumidor y el proveedor hayan acordado que el pago del precio por parte del consumidor se financie, total o parcialmente, mediante un contrato de crédito, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito”. En este supuesto, a diferencia del art. 29.1 —que contempla específicamente los contratos de crédito vinculados— lo que existe es un contrato de consumo sometido a la condición suspensiva de que efectivamente se obtenga el crédito, de modo que si no se obtiene el crédito, la condición no se cumplirá y el contrato de consumo no tendrá eficacia. Aquí, la eficacia del contrato de consumo depende de la eficacia del contrato de financiación<sup>39</sup>.

El art. 26.2 prevé, para los supuestos de contratos vinculados a la obtención de un crédito, un efecto propio de los contratos de financiación vinculados al contrato de consumo (los del art. 29): la ineficacia del contrato de consumo determinará también la ineficacia del contrato destinado a su financiación, con los efectos previstos en el art. 23 LCCC<sup>40</sup>.

Luego, tanto en el supuesto de “contratos de consumo vinculados a la obtención de un crédito” (art. 26) como en el “contratos de crédito vinculados” (art. 29.1) serán aplicables las disposiciones del art. 23, que establece las consecuencias para el caso de ineficacia o resolución del contrato de adquisición, entre ellas, las liquidaciones a realizar por el empresario.

<sup>36</sup> En este sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J., “Los contratos vinculados en la nueva Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo”, [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco), febrero 2011, p. 21.

<sup>37</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., “Los contratos vinculados...”, cit., pp. 19-20.

<sup>38</sup> Coincido con la mejor doctrina que el supuesto previsto en el art. 86.1, primer inciso, es el de una cláusula abusiva gris, “presuntamente abusiva”, que por la presencia de concepto jurídico indeterminado exige una apreciación judicial *ad casum* con la ayuda de los criterios de los arts. 82.1 y 82.3. Así, CÁMARA LAPUENTE, S., “Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor”, cit., p. 834; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión”, cit., p. 1653; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>, “Disposición Adicional Primera Tres”, cit., pp. 955-956.

<sup>39</sup> Respecto de los contratos contemplados en el art. 26 LCCC, esto es, contratos de consumo sometidos a la condición (suspensiva) de que se obtenga un crédito, establece la Ley que es nulo el pacto por el cual se obligue al consumidor a un pago al contado o a otras formas de pago, si no se obtiene la financiación. Añade el párrafo 2º del apartado 1º del art. 26 que se tendrán por no puestas las cláusulas en las que el proveedor exija que el crédito para su financiación únicamente pueda ser otorgado por un determinado prestamista, de tal modo que el consumidor dispondrá en todo momento de la opción de no concertar el contrato de crédito con determinado prestamista impuesto por el proveedor.

<sup>40</sup> Se trata de dos hipótesis distintas que, a juicio de MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor...”, cit., p. 78, debieran haber sido tratadas de manera diferente.

Según dispone el art. 23 LCCC “en caso de créditos concedidos para la adquisición de bienes determinados, cuando el vendedor o el prestamista recupere el bien como consecuencia de la nulidad o resolución de contratos de adquisición o financiación de dichos bienes las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas”, si bien se reconoce al empresario o al prestamista “a quien no sea imputable la nulidad del contrato” el derecho a deducir: “a) El 10% del importe de los plazos pagados en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas por el comprador. b) Una cantidad igual al desembolso inicial por la depreciación comercial del objeto. Cuando esta cantidad sea superior a la quinta parte del precio de venta, la deducción se reducirá a esta última”. Además, si la cosa estuviera deteriorada el vendedor podrá exigir una indemnización por el perjuicio sufrido (art. 23, último párrafo). Incumbirá a éste demostrar el perjuicio (el deterioro) y cuantificarlo.

Acertadamente la doctrina puso de manifiesto la complejidad y falta de técnica jurídica del art. 9 LCC/1995, que ha pasado con una dicción literal casi idéntica, al actual art. 23 LCCC, al no precisar con claridad ni su supuesto de hecho —“ineficacia o resolución del contrato de adquisición”; “nulidad o resolución de los contratos de adquisición o financiación” — ni las consecuencias jurídicas<sup>41</sup>.

La primera regla prevista en el art. 23 es la restitución recíproca de las prestaciones, como consecuencia de la ineficacia del contrato de adquisición o de crédito. Por ello, se aplicarán las reglas liquidatorias del régimen legal que corresponda (nulidad, resolución por incumplimiento), no siendo posible que por medio de la inclusión de cláusulas se modifique dicho régimen<sup>42</sup>.

La segunda parte del art. 23 contempla el derecho del empresario, al que no sea imputable la nulidad del contrato, a practicar determinadas deducciones. La finalidad de estas deducciones es evitar que como consecuencia del efecto restitutorio que sigue a la nulidad de un contrato (de consumo o de financiación) se produzca un enriquecimiento injusto en el patrimonio del consumidor, ya que éste devolverá el bien en el estado en que se encuentre, mientras que el vendedor del bien le reintegrará el precio con sus intereses, en virtud de lo dispuesto en los arts. 1303 CC<sup>43</sup>. Por eso, estas deducciones sólo se aplicarán si la causa de la nulidad no es imputable al empresario. En consecuencia, no sería lícita la cláusula que impusiera dichas deducciones en todo supuesto de nulidad.

Al igual que ya hiciera el art. 9 LCC/1995, el art. 23, se refiere expresamente sólo a las deducciones a practicar en caso de que la “nulidad del contrato” no sea imputable al empresario. Pese a esta limitación de las deducciones al supuesto de ineficacia por nulidad contractual entiende un sector doctrinal que cabe extender esta previsión al supuesto de ineficacia del contrato como consecuencia de la resolución por incumplimiento inimputable al profesional<sup>44</sup>. A favor de esta interpretación se alega que la LVPBM prevé idénticas deducciones a practicar por el prestamista o el vendedor para el supuesto de resolución del contrato de compraventa a plazos por incumplimiento del comprador (art. 10 LVPBM). El art. 23 LCCC reconoce al empresario el derecho a practicar dichas deducciones sin necesidad de acreditar los daños efectivamente sufridos. Se trata de una indemnización fija que operaría automáticamente. Por ello, si el empresario consiguiera acreditar que los daños sufridos por él, son superiores a

<sup>41</sup> Así, en relación con la LCC/1995, GAVIDIA SÁNCHEZ, J., *El crédito al consumo*, Valencia, 1996, pp. 109-110, y VERDERA SERVER, R., “Liquidación de relaciones contractuales derivadas del crédito al consumo: notas sobre el ar. 9 LCC”, *ADC*, 1996, nº 2, pp. 620-621; respecto del Proyecto de LCCC y la LCCC, MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor...”, cit., p. 85, y en “Los derechos del consumidor en la fase de ejecución del contrato, según la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (1)”, *Diario La Ley*, nº 7693, 13 septiembre 2011, La Ley 139/2011.

<sup>42</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor...”, cit., p. 86, “Los derechos del consumidor en la fase de ejecución”, cit., p. 9.

<sup>43</sup> PRATS ALBENTOSA, L., cit., p. 144. Se refiere también a este fundamento de evitar el enriquecimiento injusto, VERDERA SERVER, R., “Liquidación ...”, cit., pp. 614-615. Para QUINTÁNS EIRAS, M<sup>a</sup> R., “Liquidaciones a realizar por la ineficacia o resolución del contrato. Art. 9”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, p. 1540, la deducción por depreciación comercial no tiene finalidad indemnizatoria ni compensatoria por el enriquecimiento injusto, ya que no es imputable al consumidor, por lo que se le ha trasladado un coste económico que no debería haberle correspondido.

<sup>44</sup> VERDERA SERVER, R., “Liquidación ...”, cit., pp. 626; GAVIDIA SÁNCHEZ, J., cit., p. 110; ÁLVAREZ OLALLA, P., “Contratos de financiación”, cit. p. 3928.

las cantidades a deducir previstas en el art. 23, segundo inciso, también cabría reclamarlos, aplicando las reglas generales de responsabilidad previstas en el Código civil<sup>45</sup>.

Otros autores, en cambio, han mantenido, con base en el art. 9 LCC/1995, que no se atribuye este derecho a practicar deducciones en las cantidades a restituir, en caso de resolución del contrato por incumplimiento del consumidor, porque ésta “comporta, aparte del efecto restitutorio, su obligación de resarcir los daños causados al proveedor y el abono de los intereses (art. 1124.2 CC), y partidas propias de esta indemnización, entre otras, serán las derivadas del uso o tenencia del bien por el consumidor y su depreciación comercial”<sup>46</sup>.

De otra parte, el art. 23 LCCC limita su ámbito de aplicación a los créditos concedidos para la “adquisición de bienes determinados”, de ahí que tampoco podrán practicarse estas deducciones a los contratos de prestación de servicios, de tracto sucesivo o duradero, en los que, por la propia naturaleza del objeto contratado, la nulidad (o la resolución) del contrato de consumo no provoca un efecto restitutorio del servicio ya efectivamente prestado<sup>47</sup>.

En relación con el anterior art. 9.1 LCC/1995 la doctrina sostuvo que las deducciones a practicar respecto de las cantidades a restituir por el empresario en caso de nulidad del contrato no imputable constituían un límite máximo en beneficio del consumidor, de manera que cabría por pacto incluir una solución más beneficiosa para aquél, pero no aumentar el porcentaje o las cantidades a deducir<sup>48</sup>. Esta conclusión vendría fundamentada en el art. 3 LCC/1995, que establecía el carácter dispositivo de las normas de la LCC, salvo que la regulación contractual fuera más beneficiosa para el consumidor. Pues bien, de atribuir al segundo inciso del primer párrafo del art. 23 LCCC el mismo carácter (semi)imperativo, no sería lícita la cláusula que facultara al empresario practicar unas deducciones mayores respecto de las cantidades a restituir como consecuencia de la ineficacia del contrato. Es más, si el consumidor demostrara que la depreciación comercial que ha sufrido el bien a restituir es inferior a la cantidad fijada a *forfait* por el art. 23 LCCC (desembolso inicial o quinta parte del precio) podría legítimamente indemnizar por debajo de dicha cifra<sup>49</sup>.

En todo caso, cabe tener en cuenta que, como vimos, el art. 89.6 TRLGDCU califica de abusivas “las cláusulas que supongan una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones”, de tal manera que la previsión de unas deducciones superiores a las cantidades previstas en el art. 23 LCC, sin que el empresario acredite el mayor daño sufrido, podrá ser estimada abusiva si causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (art. 82.1 TRLGDCU).

## 6. LAS CLÁUSULAS SOBRE REEMBOLSO ANTICIPADO

En los contratos de crédito al consumo se reconoce al consumidor el derecho a reembolsar o liquidar, total o parcialmente, de manera anticipada las obligaciones derivadas del contrato (art. 30 LCCC). Es éste un derecho indisponible del consumidor (art. 5 LCCC), que puede ejercitar en cualquier momento de la vigencia del contrato, y que también reconoce la LVPBM para el contrato de préstamo que financia la adquisición a plazos de un bien mueble (art. 9.3). Además, el consumidor deberá ser informado expresamente de que le asiste este derecho, así como del derecho del prestamista a una compensación, como veremos a continuación, y sobre la manera en que se determinará dicha compensación [art. 11. 3 p) LCCC].

<sup>45</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P., “Contratos de financiación”, cit, p. 3928; VERDERA SERVER, R., “Liquidación...”, cit., p. 631.

<sup>46</sup> PRATS ALBENTOSA, L., cit., p. 145.

<sup>47</sup> V. en este sentido, QUINTÁNS EIRAS, M<sup>a</sup> R., “Liquidaciones a realizar por la ineficacia o resolución del contrato. Art. 9”, cit., p. 1541, con cita de la SAP Barcelona 23 diciembre 2004 (JUR 2005, 33697) que consideró que el art. 9 LCC/1995 está concebido para los contratos de tracto único y no para los de tracto duradero y además, referido a prestaciones incorpóreas (como los contratos de enseñanza), lo que justifica que no prevea específicamente restituciones parciales.

<sup>48</sup> VERDERA SERVER, R., “Liquidación...”, cit., p. 613; PRATS ALBENTOSA, L., cit., p. 144.

<sup>49</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor...”, cit., p. 86.

Cuando el consumidor liquide, total o parcialmente, las obligaciones derivadas del contrato de crédito, “tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito que comprenda los intereses y costes, incluso si éstos hubieran sido ya pagados, correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir”. Como consecuencia del reembolso anticipado el “coste total del crédito” disminuye, lo que comprende no sólo los intereses no devengados, sino cualquier otro coste o gasto que deba pagar el consumidor en relación con el contrato de crédito, de manera que si ya han sido satisfechos, tendrá derecho a que se le reintegre la parte proporcional<sup>50</sup>. Cualquier cláusula que limite este derecho a liquidar o reembolsar anticipadamente el crédito al consumo será nula.

Las partes pueden pactar que, cuando el prestatario haga uso de esta facultad, el prestamista tenga derecho a recibir una compensación “justa y justificada objetivamente” por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado. Pero aun no habiendo previsión expresa en el contrato, la Ley reconoce al prestamista el derecho a ser compensado “siempre que el reembolso anticipado se produzca dentro de un período en que el tipo deudor sea fijo”. Es ésta una diferencia relevante respecto del anterior art. 10 LCC/1995, en que la obligación de abonar dicha compensación sólo surgía si así se había pactado, pero tanto para los contratos que no habían previsto modificación del coste del crédito (tipo fijo) como para los que sí lo habían previsto (tipo variable). Por ello, la solución que ofrece la actual Ley al conflicto de intereses entre el derecho del prestamista a obtener interés por el capital prestado y la facultad del consumidor prestatario de cancelar o liquidar anticipadamente el préstamo opta, más claramente que antes, por la posición del consumidor<sup>51</sup>.

En suma, no hay compensación por reembolso anticipado en caso de que el tipo deudor sea variable, de modo que no será válida la cláusula que la prevea en tal supuesto. Tampoco podrá reclamarse compensación alguna por reembolso anticipado en los casos previstos en el art. 30.3 LCCC.

Ahora bien, aun existiendo cláusula que prevea la compensación al prestamista por reembolso anticipado dentro del período en que el tipo deudor sea fijo, se prevé un límite máximo de la compensación, que ahora ya no se determina en función del interés fijo o variable pactado, sino en función del periodo de tiempo que reste entre el momento en que se realiza el reembolso y el de finalización del préstamo según contrato: 1% si el tiempo restante es superior a un año, y 0,5% si el período restante es inferior a un año. Por ello, si el consumidor consiguiera probar que el perjuicio sufrido por el prestamista, ante el reembolso anticipado, es inferior a tales cantidades, aquél podrá exigir una reducción de la compensación a la cuantía del daño efectivamente sufrido<sup>52</sup>.

Además, se prevé que el prestamista pueda reclamar una compensación más elevada si, excepcionalmente, demuestra la existencia de pérdidas directas, no pudiendo superar el importe del interés que el consumidor hubiera satisfecho durante el período restante — comprendido entre el reembolso anticipado y la fecha de finalización pactada—, según contrato (art. 30.4 y 30.5).

De otra parte, el reembolso anticipado de créditos que cuenten con un seguro vinculado a la amortización del crédito o a cuya suscripción se haya condicionado la concesión del crédito o su concesión en las condiciones ofrecidas, dará lugar a la devolución por parte de la entidad aseguradora al consumidor de la parte de la prima no consumida (art. 30.6). Esta reclamación deberá hacerse a la entidad aseguradora y no a la prestamista.

Por su parte, el art. 9.3 LVPBM prevé un límite a la compensación que pueda recibir el financiador, cuando si así se ha pactado (luego, no se podrá exigir esta compensación si

<sup>50</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., “Los derechos del consumidor...”, cit., p. 11, y en “Protección del consumidor...”, cit., p. 87.

<sup>51</sup> V. en relación con el art. 10 LCC, ÁLVAREZ OLALLA, P., “Contratos de financiación”, cit., p. 3930.

<sup>52</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “Reembolso anticipado. Art. 10”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, p. 1543.

no se ha previsto en el contrato, lo que será difícil en la práctica), en el supuesto de que el comprador financiado haga uso de esta facultad de reembolsar anticipadamente el préstamo. Según esta norma, la compensación “no podrá exceder del 1,5% del precio aplazado o del capital reembolsado anticipadamente en los contratos con tipo de interés variable y del 3 por 100 en los contratos con tipo de interés fijo”.

Además, el último inciso del art. 9.3 LVPBM establece: “Salvo pacto, los pagos parciales anticipados no podrán ser inferiores al 20% del precio”. Esta previsión, no obstante, sólo es aplicable para los contratos de venta a plazos a los que se refiere el art. 3 LVPBM, y a no a los contratos de crédito al consumo (de financiación) a los que se aplica preferentemente la LCCC. Una interpretación del art. 9.3 LVPBM a favor del deudor (consumidor) abona esta conclusión.

## 7. LAS CLÁUSULAS DE RENUNCIA A LA NOTIFICACIÓN AL CONSUMIDOR DE LA CESIÓN DEL CONTRATO Y/O DEL CRÉDITO

Ha sido habitual la inclusión en los contratos de préstamo hipotecario de la cláusula que permitía la cesión del contrato o del crédito por la entidad prestamista sin necesidad de notificarlo al consumidor, o bien con la imposición expresa de la renuncia del consumidor a su derecho de notificación. La STS 16 diciembre 2009 (RJ 2010, 702) la estimó abusiva, por vulnerar la DA 1ª, en sus apartados 2º, 10º, 14ª y los arts. 10.1 c) y 10 bis. 1 LGDCU, que era la norma aplicable a tales hechos —y que se corresponden con los vigentes arts. 85.3, 86.3, 86.4, 86.7 y 82.1 TRLGDCU—, al considerar que la cesión de “todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes del contrato” de préstamo concertado era en rigor una cesión del contrato, que exige el consentimiento del deudor cedido. Junto a ello se subraya por el Tribunal Supremo que la cesión no puede causar una limitación de los derechos del deudor cedido, por ejemplo, a efectos de liberación por pago al cedente antes de la notificación (art. 1527 CC) o de la extinción total o parcial de la obligación por compensación (art. 1198 CC). La renuncia a la notificación por el adherente es un renuncia o limitación de los derechos del consumidor proscrita en el art. 86.7 TRLGDCU (anterior DA 1ª, aptdo. 14 LGDCU). La misma doctrina la considera aplicable el Tribunal Supremo a la cesión del crédito hipotecario, de manera que la renuncia a la notificación del deudor (consumidor) cedido aun permitida por el art. 242 RH no superaría el control de contenido de la normativa especial sobre protección de consumidores.

Pues bien, en relación con los contratos de crédito al consumo considero que cabe mantener la misma reflexión. El art. 31.2 LCCC prevé, ahora expresamente, la obligación de informar al deudor de la cesión del contrato o de la cesión de los derechos del prestamista derivados del contrato de crédito, “excepto cuando el prestamista original, de acuerdo con el nuevo titular, siga prestando los servicios relativos al crédito al consumo”. Es éste un derecho irrenunciable del consumidor deudor cedido (cfr. art. 5 LCCC). Por tanto, no será lícita la cláusula por la que el consumidor renuncie a ser notificado de la cesión del crédito o del contrato.

En cuanto a la necesidad de que el consumidor preste su consentimiento a la cesión del contrato, la doctrina y jurisprudencia ha debatido si es éste un requisito de validez o de mera eficacia de la cesión producida<sup>53</sup>. En cualquier caso, el art. 86.3 TRLGDCU califica de abusiva la cláusula que prevea “la liberación del responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, *si puede engendrar merma de las garantías de éste*”<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Entre otras, las SSTs 29 junio 2006 (RJ 2006, 5394) y 3 noviembre 2008 (RJ 2008, 5886) exigen el consentimiento del cedente, el cesionario y el deudor cedido.

<sup>54</sup> Como ya fue puesto de manifiesto por QUICIOS MOLINA, S., “Comentario a la Disposición Adicional 1ª.Seis: Disp. Adic. 1ª.II.10ª LGDCU”, AA.VV., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. R. Bercovitz, Elcano, 2000, p. 1017, sorprende que la norma para referirse a la parte cedida emplee el término “deudor”, lo que parece aplicable más a la cesión de crédito, ni mencione expresamente que el cedido es un consumidor. Además, en la cesión de contrato, la parte cedente traspasa a un tercero toda su posición, esto es, los créditos y deudas que pueda tener frente a la otra parte contratante. Esto justifica que tenga que prestar su consentimiento la parte contratante cedida. Con la redacción dada por el TRLGDCU sí que se contempla ya que el cedente tiene la condición de “empresario”.

Esta última expresión es criticable, ya que interpretada *a contrario* llevaría a la conclusión de que la cláusula que permitiera la cesión del contrato sin consentimiento del consumidor cedido sería válida si no mermara las garantías (beneficios, ventajas o derechos) de éste<sup>55</sup>. La cláusula de cesión del contrato sin consentimiento del deudor cedido (el consumidor) debería ser abusiva atendiendo a los criterios generales del art. 82.1 (buena fe y equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes), el primer párrafo del art. 86 y el art. 86.7 TRLGDCU<sup>56</sup>.

Con base en los parámetros generales del art. 82 y en art. 86.3 TRLGDCU, se ha de ha considerado que este precepto consagra una “presunción *iuris tantum* del carácter abusivo de tales cláusulas”, incumbiendo al empresario la prueba de que la cesión incontestada no causa un perjuicio al consumidor<sup>57</sup>.

Como ya se preveía en el anterior art. 11 LCC/1995, se consagra legalmente que el deudor puede oponer al acreedor cesionario las mismas excepciones que le corresponderían contra el acreedor primitivo, incluida la compensación (art. 31.1 LCCC). En virtud del art. 5 LCCC cualquier renuncia de los derechos reconocidos al consumidor en caso de cesión del contrato o del crédito se considerará nula, por ilegal, además de que según el art. 86.7 TRLGDCU dicha cláusula será abusiva. Lo mismo cabría concluir con la cláusula que limitara las excepciones que el consumidor puede oponer al nuevo prestamista (cesionario del contrato o del crédito), con pérdida de sus derechos.

## 8. CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA

### 8.1. La nulidad de la cláusula abusiva

El art. 83.1 TRLGDCU establece que “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”. En el mismo sentido, el art. 8º.2 LCGC prevé que “serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor”. El legislador español ha optado por la nulidad de la cláusula abusiva, esto es, por la nulidad parcial del contrato; en suma, por la conservación del negocio jurídico —respondiendo al viejo brocardo *utile per inutile non vitiatur*—. De este modo, la nulidad parcial aparece como una manifestación más de la protección de la seguridad del tráfico, y del principio de conservación del negocio, pero conduce inexorablemente a plantearnos qué sucede con el contrato parcialmente nulo, qué facultades tiene el juez a efectos de integrarlo y, por último, qué presupuestos deben concurrir para declarar la nulidad del entero contrato. A estas cuestiones pretende responder el art. 83 TRLGDCU.

En cuanto al régimen jurídico de la ineficacia de la cláusula abusiva se trata de una nulidad de pleno derecho, imprescriptible, que puede ser apreciada de oficio, como ha confirmado el TJCE en varias Sentencias, a partir de la 27 junio 2000 (TJCE 2000, 144) —Caso Océano—<sup>58</sup>, lo que podría justificarse en el “carácter preferentemente público del interés protegido, que no es tanto el del concreto consumidor como el de los consumidores en general y, en última instancia, el del mercado”<sup>59</sup>, teniendo en cuenta, al tiempo, el efecto disuasorio que ello puede tener para los profesionales. Esta apreciabilidad de oficio de la cláusula abusiva adquiriría

<sup>55</sup> QUICIOS MOLINA, S., “Comentario a la Disposición Adicional 1ª.Seis...”, cit., p. 1019.

<sup>56</sup> QUICIOS MOLINA, S., “Comentario a la Disposición Adicional 1ª.Seis...”, cit., p. 1019; CÁMARA LAPUENTE, S., “Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor”, cit., pp. 861 y 863.

<sup>57</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor”, cit., p. 863.

<sup>58</sup> SSTJCE 26 octubre 2006 (TJCE 2006, 299), 4 junio 2009 (TJCE 2009, 155), 6 octubre 2009 (TJCE 2009, 309).

<sup>59</sup> CLEMENTE MEORO, M., “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas”, *Contratación y consumo*, dir. J. Orduña, Valencia, 1998, pp. 313-314; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas...*, cit., p. 192. En esta línea, apunta PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario a la DA 1ª.Tres: Art. 10 bis.2 LGDCU”, AA.VV., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. R. Bercovitz, Elcano, 2000, p. 778, que la apreciabilidad de oficio coadyuva en el objetivo de proteger a los consumidores y de eliminar las cláusulas abusivas; también CARBALLO FIDALGO, M., “El control de oficio de la nulidad de cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores (1)”, *Act. Civil*, quincena 16-31 dic. 2006, pp. 2629-ss., La Ley 4065/2006.

especial relevancia en todos aquellos casos en que el consumidor es demandado en virtud de la cláusula abusiva y no se persona en el litigio, siendo declarado en rebeldía.

Ahora bien, la apreciación de oficio de la nulidad no puede provocar indefensión de las partes, debiendo ofrecérsele al predisponente la oportunidad de hacer las alegaciones que estime oportunas, en orden a mantener la validez de la cláusula o su carácter de negociada individualmente, si bien la legislación procesal actual no prevé, específicamente, cuál ha de ser el cauce o trámite oportuno<sup>60</sup>.

En relación con esta cuestión, existe jurisprudencia menor que ha declarado la inadmisión a trámite de la demanda ejercitada en proceso monitorio, al apreciar de oficio la nulidad de la cláusula sobre intereses moratorios por su carácter abusivo. La cuestión está lejos de ser pacífica, ya que la mayoría de las resoluciones de las Audiencias Provinciales consideran que no puede hacerse en el trámite de admisión (*in liminis litis*), sino en la fase de alegaciones del proceso monitorio, para salvar el principio de contradicción, correspondiendo, en suma, a la parte deudora (al consumidor) la alegación de nulidad, mediante la oportuna oposición procesal<sup>61</sup>.

Además, esta apreciación de oficio de la nulidad debería limitarse a las cláusulas cuya abusividad es patente y manifiesta, por hallarse incluidas en la lista negra del TRLGDCU, no alcanzando a aquellas que hemos calificado de grises, en que la calificación de abusivas exige una valoración judicial más amplia, teniendo en cuenta los parámetros del art. 82.1 y 82.3 TRLGDCU<sup>62</sup>. En relación con las concretas cláusulas que pueden incluirse en los contratos de crédito al consumo, de seguir lo anterior, no cabría una apreciación de oficio del carácter abusivo de las relativas a los intereses moratorios (cfr. art. 85.6 TRLGDCU), o las que limitarían “de forma inadecuada”, en caso de contratos de crédito vinculados, el derecho de consumidor de dirigirse frente al prestamista en caso de incumplimiento del proveedor (art. 86.1 TRLGDCU).

Sin embargo, no es ésta la interpretación que mantiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su reciente (y sorprendente) Sentencia de 14 de junio de 2012. En ella se dilucida seis cuestiones prejudiciales planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en el marco de un litigio entre un banco español y un consumidor, relativo al pago de cantidades debidas en ejecución de un contrato de crédito al consumo celebrado entre ambas partes. El origen de la cuestión prejudicial planteada reside en la reclamación del Banco prestamista al consumidor, acudiendo al proceso monitorio ex arts. 812 y ss. LEC, del principal prestado (para la compra de un automóvil), los intereses remuneratorios y los moratorios al 29%, según las cláusulas predispuestas en el contrato. El Juzgado de Primera Instancia de Sabadell declaró nula de pleno derecho la cláusula sobre intereses moratorios controvertida, por estimarla abusiva<sup>63</sup>, fijándolo en el 19%, basándose en el interés legal y en el interés de demora establecidos en las Leyes de Presupuestos de 1990 a 2008, requiriendo al Banco para un nuevo cálculo del importe de intereses para el período discutido. El Banco apeló dicho auto ante la Audiencia Provincial de Barcelona, quien planteó varias cuestiones prejudiciales, en particular, en cuanto

<sup>60</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>º</sup>, “Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato. Art. 83”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, pp. 757, sostiene que debiera ser un trámite semejante al previsto en el art. 408-2 LEC o en el art. 58 LEC. En contra de una apreciación de oficio de las cláusulas abusivas se alega la conculcación al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, del que se vería privado el predisponente, así como al principio de contradicción y audiencia de parte. En este sentido, PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario a la DA 1<sup>ª</sup>.Tres...”, p. 781; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión”, cit., p. 1668. Como advierte acertadamente CARBALLO FIDALGO, M., “El control de oficio...”, cit., el principio de congruencia, en los términos del art. 218.2 LEC, no se ve afectado por esta apreciación judicial de oficio; y para evitar problemas de indefensión propone también que el juez dé la oportunidad real a las partes de alegar sobre la postura mantenida por éste.

<sup>61</sup> Auto AP Madrid 3 diciembre 2008 (AC 2009, 189); Auto AP Barcelona 26 enero 2009 (AC 2009, 1186); 3 junio 2011 (JUR 2011, 321362).

<sup>62</sup> PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario a la DA 1<sup>ª</sup>.Tres...”, cit., p. 779; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión”, cit., p. 1669. En contra, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>º</sup>, “Nulidad de las cláusulas abusivas...”, cit., p. 758.

<sup>63</sup> Para ello, tomó en consideración el tipo de interés euribor y el del Banco Central Europeo, así como el hecho de que el tipo de interés de demora sobrepasaba el interés retributivo en más del 20%. Además, la cláusula controvertida no se distinguía del resto del texto en cuanto al tipo o cuerpo del letra ni constaba su aceptación específica por el consumidor.

aquí interesa básicamente dos: a) Si en un proceso monitorio el juez puede *ab limine litis* apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula predispuesta, sin necesidad de que haya oposición por parte del deudor consumidor; b) Si el juez puede integrar la cláusula nula por abusiva, según la expresión utilizada en el art. 83 TRLGDCU (“A estos efectos...”), así como el alcance que debe darse al art. 6.1 Directiva 93/13/CEE, cuando establece que las cláusulas abusivas “no vincularán al consumidor”.

Pues bien, respecto de la primera cuestión planteada, el TJUE sostiene que el juez debe apreciar el carácter abusivo de la cláusula sobre intereses moratorios con independencia del tipo de procedimiento en que se ventile la cuestión y de la fase en que se encuentre —*in limine litis*—, aun cuando el consumidor no haya formulado oposición. Atendiendo a esta decisión queda zanjada, por tanto, la cuestión antes planteada, debiendo los tribunales españoles, a partir de ahora, declarar de oficio la nulidad por abusivas de cláusulas, incluso en una fase del procedimiento en que no cabe contradicción por el empresario predisponente. No obstante, es en relación con la segunda cuestión donde el pronunciamiento del TJUE ha causado gran perplejidad en la doctrina científica<sup>64</sup>, cuyo análisis dejamos para el apartado siguiente.

A diferencia del régimen ordinario de la nulidad, sólo el consumidor y no el predisponente puede invocar la nulidad (cfr. art. 9 LCGC), por vía de acción o de excepción, que será lo más habitual en la práctica<sup>65</sup>. Es, por esto, que se prefiere hablar de nulidad de pleno derecho “relativa” y no absoluta<sup>66</sup>.

La nulidad de la cláusula abusiva supone la restitución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en virtud de la cláusula, reclamación ésta que deberá acumularse a la acción de nulidad (art. 12 LCGC) o ejercitarse por vía de reconvencción. Así, por ejemplo, sucedería con la cláusula abusiva sobre intereses moratorios o la que permitiera al empresario practicar unas deducciones superiores a las previstas en el art. 30 como compensación por el reembolso anticipado, sin necesidad de acreditar mayores daños.

Por último, se ha planteado si la nulidad de la cláusula abusiva puede determinar la nulidad del procedimiento instado por el predisponente, que tiene como base un contrato con dicha cláusula. En sentido afirmativo han fallado algunas Audiencias Provinciales en supuestos en que, instado juicio ejecutivo sumario del anterior art. 131 LH y, por tanto al amparo de la LEC/1881, consideran que la nulidad de la cláusula por abusiva incluida en los contratos de préstamo hipotecario —p. ej. la que fijaba el domicilio del deudor a efectos de notificaciones y requerimientos el propio de la entidad bancaria ejecutante— supone la nulidad del juicio, sin perjuicio de que la entidad acreedora pudiera acudir al declarativo ordinario<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> V. como revelador de la reacción en la doctrina los comentarios ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La Sentencia del TJ sobre la reducción conservadora de la validez de las cláusulas abusivas”, [www.derechomercantiles.es](http://www.derechomercantiles.es), 14 junio 2012. También, en “La arriesgada vida de un Abogado General: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 13/93”, 15 febrero 2012; CARRASCO PERERA, Á., “Las cláusulas abusivas se eliminan sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”, [www.uclm.es/centro/cesco/trabajos1.asp](http://www.uclm.es/centro/cesco/trabajos1.asp), junio 2012.

<sup>65</sup> Si el consumidor demandado opone la nulidad de la cláusula abusiva, en la que se fundamenta la pretensión del actor, debe aplicarse el art. 408.2 LEC que permite al actor pedir al Secretario judicial constar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación de la reconvencción. Así, también, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión”, cit., pp. 1670-1671.

<sup>66</sup> PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario a la DA 1ª.Tres...”, cit., p. 779; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas...*, cit., p. 193; MIQUEL GONZÁLEZ, J. Mª, “Artículo 8”, AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones generales de la contratación*, dirs. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, coord. J. Alfaro, Madrid, 2002, pp. 474-475, y en “Nulidad de las cláusulas abusivas...”, cit., p. 754.

<sup>67</sup> Auto AP Toledo 14.11.1992 (AC 1992, 1596) y Valladolid 2.6.1994 (AC 1994, 1091). En estos supuestos, se permite, además, al adherente oponer la nulidad de la cláusula en un proceso de ejecución de títulos extrajudiciales, aunque no encajara en las causas de oposición tasadas del art. 132 LH, sobre la base del art. 240.2 LOPJ que otorga al juez la facultad de declarar de oficio la nulidad del procedimiento cuando se prescinda de normas esenciales que hayan podido causar indefensión. Otras veces, se interpretan ampliamente las causas de oposición previstas en la LEC/1881 (pluspetición) para comprender la nulidad de la condición general.

## 8.2. La integración del contrato parcialmente nulo

El art. 83.2º TRLGDCU contempla la integración del contrato, explicitando cuáles son las fuentes de integración a las que debe acudir el juez —“con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y al principio de buena fe objetiva”—, al que se atribuye, además, en el siguiente párrafo, una facultad moderadora respecto del resultado de la integración e, incluso, adelantándose a la prescripción del último párrafo del precepto, respecto de las consecuencias de la ineficacia total del contrato. Por último, declara el art. 83 que “sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una *situación no equitativa* en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato”.

Si la cláusula abusiva es, además y principalmente, ilícita por vulnerar una norma imperativa —por ejemplo, por permitir al prestamista practicar unas deducciones superiores a las previstas en el art. 30.2 LCCC en caso de reembolso anticipado por el consumidor o por imponer la renuncia de la notificación de la cesión del crédito—, la integración del contrato se llevará a cabo mediante la sustitución de la cláusula nula por el contenido de la norma imperativa vulnerada —esto, aplicando los límites máximos previstos en el art. 30.2 o exigiendo la notificación de la cesión al consumidor, según el art. 31 LCC—.

Mayores dificultades se presentan en el caso de cláusulas abusivas por encajar en alguno de los supuestos previstos en los arts. 85 a 90 TRLGDCU o no superar el control de contenido según la cláusula general del art. 82.1 TRLGDCU, si, al mismo tiempo, no suponen vulneración de norma imperativa. En tal caso, cabrá acudir a las fuentes de integración del contrato referidas en el art. 82.2.II TRLGDCU.

De entre ellas, por la remisión al art. 1258 CC, lugar destacado ocupa la “ley dispositiva”. En este punto, el legislador se hace eco de la consideración del Derecho dispositivo como paradigma de la reglamentación justa y equilibrada de los intereses de las partes<sup>68</sup>. Cabrá acudir a la norma dispositiva desplazada injustificadamente y prevista para concreto contrato celebrado (en nuestro caso, en la LCCC), aunque también a las normas generales sobre obligaciones. Se ha dicho que esta solución puede tener un efecto perverso en el predisponente, en la confianza de que lo peor que le puede suceder es que, tras un proceso, tenga que cumplir lo que desde el inicio debería haber sido el contenido de la reglamentación contractual, por lo que podría establecerse mecanismos de integración que incorporen elementos disuasorios<sup>69</sup>.

Ante la insuficiencia o inexistencia de normas dispositivas cabrá recurrir a los usos y la buena fe objetiva, que asumen una decisiva importancia como mecanismos de integración del contrato en determinados supuestos, como en las denominadas “cláusulas de arbitrio” del predisponente, por las que el empresario hace depender la perfección o el cumplimiento del contrato de su exclusiva voluntad. Así acaece con la cláusula que reserva al profesional un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida (art. 85.1 TRLGDCU). En este supuesto, el juez concretará, atendiendo al concreto negocio, teniendo en cuenta los usos y la buena fe, el tiempo que se estima razonable para vincular contractualmente al empresario o exigirle el cumplimiento de lo pactado.

Pero es que, además, la buena fe y los usos constituyen un útil instrumento para integrar el contrato más allá del derecho dispositivo, al amparo de la facultad moderadora que el art. 83 atribuye al juez<sup>70</sup>. Es posible que al juez se le presenten varias alternativas para integrar el contrato parcialmente nulo. En su elección deberá tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato, el resto del contrato, así como la

<sup>68</sup> V. DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, *ADC*, 1982, p. 1061; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas...*, cit., pp. 205-206; PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario a la DA 1ª.Tres...”, cit., pp. 789 y 790; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>, “Disposición Adicional Primera Tres”, cit., pp. 951-952; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión”, cit., p. 1659.

<sup>69</sup> PERDICES HUETOS, A. B., “Comentario al art. 10”, cit., p. 537.

<sup>70</sup> Así, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión”, cit., p. 1659.

naturaleza del objeto contractual. Es en este ámbito, donde el recurso a la buena fe está llamado a ocupar un lugar destacado, al permitir una moderación de las consecuencias derivadas de la aplicación sin más de la norma dispositiva o, más bien, si se quiere, al legitimar una reconstrucción del equilibrio contractual, sin acudir necesariamente a la aplicación automática de la norma dispositiva. Es lo que sucede, como vimos, con las cláusulas sobre intereses moratorios en los contratos de crédito al consumo, en caso de estimarlas abusivas por desproporcionadas.

Sin embargo, la Sentencia de 14 de junio de 2012 ha dado un completo vuelco a los razonamientos anteriores. En ella, como hemos visto anteriormente, ante la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona sobre si el juez puede, una vez declarada (incluso de oficio) nula por abusiva una cláusula (en el supuesto concreto, sobre intereses moratorios), integrarla “modificando el contenido de dicha cláusula”, conforme prevé el art. 83 TRLGDCU, concluye el TJUE que la norma española es contraria al art. 6 Directiva 93/13/CEE. Así, según esta Sentencia, el primer fragmento del art. 6.1 Directiva 93/13/CEE, “si bien reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, les impone expresamente la obligación de establecer que «tales cláusulas no vincularán al consumidor»”. Además, el legislador comunitario previó, según la Sentencia, en el segundo fragmento del art. 6.1 Directiva 93/13/CEE y el vigésimo primero considerando de ésta, que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor «seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos» si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Por ello, concluye el TJUE “los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”.

El TJUE, haciendo suyos los argumentos de la Abogado General, entiende que “si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto “Pohovost”, antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”. En suma, acaba el TJUE declarando contrario a la Directiva 93/13/CEE el art. 83 TRLGDCU que deberá ser suprimido.

Coincido con la doctrina en que el TJUE ha confundido dos cuestiones, cuales son la relativa a la integración del contrato parcialmente nulo y la llamada reducción conservadora de la validez de la cláusula<sup>71</sup>. A mi juicio, correctamente interpretado el art. 83.2 TRLGDCU no faculta al juez, en su labor de integración del contrato parcialmente nulo, a reducir la cláusula nula a una medida que no sea abusiva —próxima, aunque en los límites de la legalidad—, ya que ello supone sustituir al predisponente, auxiliándole en una tarea que éste debería haber llevado a cabo de una manera no abusiva, conculcando la finalidad preventiva de la declaración de nulidad las cláusulas abusivas<sup>72</sup>. Este razonamiento sería aplicable, sin mayores problemas, a las cláusulas “cuantitativas”, como las cláusulas sobre intereses moratorios —que dio origen al litigio en el caso de la Sentencia que comentamos— o cláusulas penales excesivas<sup>73</sup> o,

<sup>71</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La Sentencia del TJ...”.

<sup>72</sup> En este sentido, PERDICES HUETOS, A. B., “Comentario al art. 10”, pp. 521-547; CARRASCO PERERA, Á., “Invalidez e ineficacia de contratos con consumidores”, cit., p. 16; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>, “Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato. Art. 83”, pp. 764-765.

<sup>73</sup> CARRASCO PERERA, Á., “Las cláusulas abusivas se eliminan sin más...”, cit., p. 1, quien advierte que el art. 1154 CC dejaría de aplicarse a las relaciones de consumo, careciendo el juez de facultades moderadoras de la cláusula penal inserta en

incluso, a las cláusulas de exoneración de responsabilidad del profesional, en que el contrato subsistirá sin la cláusula nula y sin necesidad de integrarlo.

Pero ello no impide que, en otros supuestos de cláusulas abusivas, el juez pueda integrar el contrato, acudiendo a las fuentes de integración del contrato ex art. 1258 CC, en las que el Derecho dispositivo desempeña un papel fundamental como paradigma de ordenación equilibrada de los intereses de las partes. Es más, no se puede evitar que, declarada nula la cláusula abusiva, el Derecho dispositivo se aplique al contrato, aunque formalmente el juez no proceda a integrar la cláusula y moderar, en su caso, las consecuencias. Esta solución es la que se ha defendido para las cláusulas sobre intereses moratorios, en que declaradas abusivas por suponer una indemnización desproporcionadamente alta debería aplicarse el art. 1108 CC, que prevé, a falta de convenio, el interés moratorio sea el interés legal del dinero. Esto es, declarada la nulidad de la cláusula sobre intereses moratorios excesivos se produciría una laguna contractual, que debe integrarse acudiendo al Derecho dispositivo<sup>74</sup>. Lo mismo sucedería, por ejemplo, con la cláusula que impone los gastos de otorgamiento de escritura pública en la compraventa de viviendas al consumidor que, de declararse abusiva ex art. 89.3 TRLGDCU, deberá aplicarse el art. 1455 CC, integrando, de esta manera el contrato.

Piénsese, además, que la doctrina asentada en la Sentencia TJUE de 14 de junio de 2012 puede tener un efecto perverso para el consumidor, en todos aquellos supuestos de cláusulas abusivas por dejar al arbitrio del predisponente el momento de cumplimiento o ejecución del contrato, e incluso la propia perfección del contrato, o la fijación de un elemento esencial (como el precio o la duración del contrato de servicios), en los que el contrato no podrá subsistir sin la cláusula abusiva, por lo que procederá declarar la nulidad del entero contrato, cuando normalmente lo que interese al consumidor sea el mantenimiento del contrato eliminada la cláusula abusiva y sustituida por una regla que restablezca la igualdad entre las partes.

Así, sucederá, por ejemplo, con la cláusula que prevea la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio (art. 85.10); con las cláusulas “que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario” (art. 85.8), ya que, al ser nulas, dejarán al consumidor sin la previsión sobre el precio del bien o servicio contratado —en el primer caso—, o sobre el momento de exigibilidad de la prestación o ejecución del contrato, en el segundo —y que, sin embargo, mediante la integración del contrato, ahora vedada, podría ser fijado por el juez atendiendo al art. 1128 CC—. Es más, aunque pueda subsistir el contrato sin la cláusula nula, es posible que el equilibrio real entre las partes del contrato no se restituya sin más eliminando la cláusula abusiva, como sucede, por ejemplo, con la cláusula que faculta al empresario a resolver discrecionalmente el contrato (art. 87.3), en que puede ser más beneficioso para el consumidor que se integre el contrato reconociéndole a él la facultad de resolución<sup>75</sup>; o con la cláusula que prevea un plazo muy breve para que el consumidor desista del contrato de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo —al margen de los supuestos legales de desistimiento— (art. 87.6), en que la opción no puede ser eliminada sin más la cláusula y con ello la facultad de desistir del consumidor<sup>76</sup>, sino que será más beneficioso para el consumidor la ampliación del plazo para poner fin al contrato.

### 8.3. La nulidad total del contrato

En virtud del art. 83, último párrafo, TRLGDCU sólo cuando tras el proceso de eliminación de la cláusula, integración del contrato y moderación se produzca una situación no equitativa en la posición de las partes, que no pueda ser subsanada, habrá que predicar la ineficacia de todo el contrato, pudiendo, a su vez, el juez moderar las consecuencias de tal ineficacia sólo en caso de perjuicio para el consumidor.

condiciones generales.

<sup>74</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>º</sup>, “Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato. Art. 83”, p. 765.

<sup>75</sup> CARRASCO PERERA, Á., “Invalidéz e ineficacia de contratos con consumidores”.

<sup>76</sup> CARRASCO PERERA, Á., “Las cláusulas abusivas se eliminan sin más...”, cit., p. 2.

La doctrina ha criticado que se pueda llegar a la nulidad también cuando las cláusulas subsistentes suponen un perjuicio para el propio predisponente. Al permitirle instar la nulidad se estaría frustrando la finalidad tuitiva del interés del consumidor (que normalmente, estará interesado en la obtención del producto o el servicio), por lo que, de manera indirecta, se estaría desincentivando el que denunciase la nulidad de determinadas cláusulas. En todo caso, la nulidad total será el último recurso, como pone de relieve los pronunciamientos judiciales que, si bien en *obiter dicta*, la califican de excepcional. Previamente habrá que agotar todos los remedios previstos para la integración del contrato y moderación de sus consecuencias, y sólo cuando no sea posible subsanar la situación inequitativa deberá declararse aquélla.

De otra parte, cabe advertir que el presupuesto que justifica la nulidad total no es el de un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, que difícilmente se producirá tras la integración del contrato (conforme a las normas dispositivas, los usos y la buena fe), sino que más bien a un desequilibrio económico de la posición de las partes, a una excesiva onerosidad para cualquiera de ellas<sup>77</sup>.

Ahora bien, este último inciso del art. 83 TRLGDCU también ha quedado afectado por la STJUE 14 de junio de 2012, ya que, a partir de este pronunciamiento, el legislador español deberá modificar el art. 83 TRLGDCU, previendo la eliminación de la cláusula abusiva sin más, no pudiendo el juez integrar el contrato y reequilibrar los derechos y obligaciones de las partes, minimizando con ello el riesgo de que las cláusulas subsistentes determinen “una situación no equitativa” en la posición de las partes, que provocaría la nulidad del entero contrato. Por ello, previsiblemente se amplíen los supuestos en que el juez tenga que proceder a declarar la nulidad total del contrato y que actualmente son minoritarios.

<sup>77</sup> Por ello, como pone de relieve PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión”, cit., p. 1665, es inimaginable que, tratándose de nulidad de cláusulas que afectan al precio y al objeto del contrato, por defecto de transparencia, o de cláusulas sorpresivas, las cláusulas subsistentes provoquen una situación inequitativa de las posiciones subjetivas.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Olalla, P., “La protección del consumidor ante los descubiertos en cuenta corriente” *La protección jurídica de los consumidores*, dir. J. J. Marín López, coord. R. Sánchez Aristi, Madrid, 2003, pp. 21-ss.

Badenas Carpio, J. M., “Comentario al art. 2 LCGC. Ámbito subjetivo”, AA.VV., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. R. Bercovitz, Elcano, 2000.

Cámara Lapuente, S., “Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor. Art. 86”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, pp. 829-ss.

Carballo Fidalgo, M., “El control de oficio de la nulidad de cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores (1)”, *Act. Civil*, quincena 16-31 dic. 2006, pp. 2629-ss., *La Ley* 4065/2006.

Carrasco Perera, Á., “Invalidez e ineficacia de contratos con consumidores”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coord. J. Delgado, 2007, versión on line, [www.codigo-civil.info](http://www.codigo-civil.info); y “Las cláusulas abusivas se eliminan sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”, [www.uclm.es/centro/cesco/trabajos1.asp](http://www.uclm.es/centro/cesco/trabajos1.asp), junio 2012.

Castro y Bravo, F. De, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, *ADC*, 1982, Fasc. IV., pp. 987-ss.

Clemente Meoro, M., “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas”, *Contratación y consumo*, dir. J. Orduña, Valencia, 1998, pp. 293-327.

Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993.

García-Pita y Lastres, J. L., “Reembolso anticipado. Art. 10”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, pp. 1541-1543.

Gavidia Sánchez, J., *El crédito al consumo*, Valencia, 1996.

Marín López, M. J., *Crédito al consumo y contratos vinculados*, Cizur Menor (Navarra), 2010.

Marín López, M. J., “Protección del consumidor y crédito al consumo. Análisis del Proyecto de Ley de contratos de crédito al consumo”, *RDP*, nº 95, 2011, pp. 59-96.

Marín López, M. J., “Los contratos vinculados en la nueva Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo”, [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco), febrero 2011.

Marín López, M. J., “Los derechos del consumidor en la fase de ejecución del contrato, según la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (1)”, *Diario La Ley*, nº 7693, 13 septiembre 2011, *La Ley* 139/2011.

Miquel González, J. M<sup>a</sup>, “Artículo 8” y “Disposición Adicional Primera Tres”, AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones generales de la contratación*, dirs. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, coord. J. Alfaro, Madrid, 2002, pp. 893-ss.

Miquel González, J. M<sup>a</sup>, “Concepto de cláusulas abusivas. Art. 82” y “Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato. Art. 83”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, pp 711-768.

Pagador López, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid-Barcelona, 1999.

Pasquau Liaño, M., “Comentario a la DA 1<sup>a</sup>.Tres: Art. 10 bis.2 LGDCU”, AA.VV., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. R. Bercovitz, Elcano, 2000, pp. 771-ss.

Perdices Huetos, A. B., “Comentario al art. 10”, AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones generales de la contratación*, dirs. A. Menéndez y L. Díez-Picazo, coord. J. Alfaro, Madrid, 2002, pp. 519-547.

Pertíñez Vilchez, F., “Los contratos de adhesión”, AA.VV., *Tratado de contratos*, Tomo II, dir. R. Bercovitz, Valencia, 2009, pp. 1585-ss.

Pertíñez Vilchez, F., “Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. Art. 85”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, pp. 788-ss.

Prats Albentosa, L., *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, Valencia, 2001.

Quicios Molina, S., “Comentario a la Disposición Adicional 1<sup>a</sup>.Seis: Disp. Adic. 1<sup>a</sup>.II.10<sup>a</sup> LGDCU”, AA.VV., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. R. Bercovitz, Elcano, 2000, pp. 1007-ss.

Quintáns Eiras, M<sup>a</sup> R., “Ámbito de aplicación. Art. 1 Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo”, y en “Liquidaciones a realizar por la ineficacia o resolución del contrato. Art. 9”, AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, coord. S. Cámara, Colex, Madrid, 2011, pp. 1497-1510 y 1538-1541.

Reglero Campos, F., “Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas”, *Aranzadi Civil*, 1998, p. 1662, BIB 1999/371.

Serra Rodríguez, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, 2<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, 2002.

Verdera Server, R., “Liquidación de relaciones contractuales derivadas del crédito al consumo: notas sobre el ar. 9 LCC”, *ADC*, 1996, nº 2, pp. 607-644.

