

## **LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS SE ELIMINAN, SIN MÁS: NO CABE REDUCIRLAS, MODERARLAS NI MODIFICARLAS**

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Se trataba de un juicio monitorio en el que se reclamaba del consumidor el pago de un crédito impagado más intereses moratorios al 29%, que el juez *a quo* había considerado abusivos, y reducido de oficio a la cifra del 19%. La Audiencia Provincial suscita cuestión prejudicial sobre dos cuestiones, y sólo la segunda es objeto de esta nota. La STJUE 14.6.2012 (as. 618/2010) ha sostenido que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, de cláusulas abusivas, («no vincularán al consumidor...las cláusulas abusivas que figuren en un contrato» y éste seguirá «siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas») habilita a los jueces nacionales únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, pero no están facultados para modificar el contenido de la misma ni integrarla ni sustituirla. El contrato en cuestión debe subsistir sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Esta doctrina (sorprendente) está fundada en una consideración de política legislativa de prevención general de conductas abusivas, pues si la cláusula se suprime, y no se sustituye, modera, ni se «reconduce» a lo justo, el empresario que utiliza cláusulas abusivas sufre un impacto *in terrorem* que de otra forma se ahorraría, perdiendo con ello incentivos para acomodar sus contratos a las exigencias de lo justo. Por tanto, el juez no puede «integrar» ni «moderar», como imponía el artículo 83.2 del TR de la Ley de Consumidores.

La doctrina sólo es incontestable cuando se trata de cláusulas *cuantitativas* susceptibles de reducción parcial, como ocurre con las cláusulas de intereses y las cláusulas penales; por cierto, el artículo 1154 CC dejaría de aplicarse entonces a las

relaciones de consumo, y el juez carecería de facultad de moderación de la pena cuando la cláusula penal se hubiera pactado en condiciones generales, no en otro caso (i). Ninguno de los *conceptos punitivos* tachados de abusivos son elementos esenciales ni naturales del contrato, por lo que se pueden eliminar por entero, creando en el predisponente la necesidad de cuidarse para el futuro de incluir cláusulas admisibles, y no esperar tranquilamente a que el juzgador modere la cláusula inadmisibile.

Sirve también la doctrina para las cláusulas que atribuyen al empresario derechos potestativos de configurar a su voluntad el contrato y para las cláusulas "privativas" de derechos de los consumidores, que se anulan sin más labor de "integración" que la de remitir al Derecho dispositivo aplicable en defecto de pacto. De hecho, unas y otras cláusulas no han sido nunca "moderadas" por los tribunales, sino simplemente eliminados, sin esfuerzo subsiguiente de integración de la laguna sobrevenida.

Pero la doctrina del Tribunal no sirve para las cláusulas que son abusivas por conceder al predisponente o al consumidor un plazo "muy largo" o "muy corto" para tomar una decisión sobre el contrato o su continuidad, o para desistir, cuando no existe (la mayoría de las veces) un Derecho dispositivo residual. No se puede eliminar (o casi nunca) el plazo sin más, pues la existencia del mismo es un elemento esencial de la relación. Si el clausulado concede al consumidor un plazo muy breve para mostrar su voluntad de desistir, la opción legítima no puede ser la de quitarle todo plazo.

No sirve tampoco la doctrina en aquellos casos en los que la estrategia correcta sería la de extender recíprocamente al consumidor el efecto de una cláusula que el predisponente dispuso en su exclusivo beneficio. Al consumidor le puede interesar disponer de un derecho de desistimiento como el que unilateralmente se hizo conceder el predisponente, en lugar de contentarse con que éste también lo pierda. O un derecho de terminar el contrato por justa causa. Imaginemos una cláusula unilateral de arras, por la que se sancione al consumidor con la pérdida de lo entregado si el contrato no se perfecciona o consuma; lo abusivo no es la cláusula en sí, ni la cláusula correlativa por la que el predisponente se reserva el derecho a salir del contrato devolviendo el pago recibido, sino que el predisponente no se haya impuesto a sí mismo la carga de devolverlas dobladas si él hace lo propio.

No sirve la doctrina tampoco para las cláusulas de duración del contrato o de la relación obligacional, siempre que una duración sea exigible y no exista un Derecho dispositivo, o éste resulte inconveniente. Si la duración del contrato, mediante la cual se encadena al consumidor, es excesiva, habrá que reducirla, pero no declarar nulo el contrato por falta de objeto cierto. Si en el contrato se ha previsto que éste durará lo que quiera el predisponente, no bastará con eliminar esta cláusula potestativa, sino que habrá que concretar un plazo, porque de otra manera el contrato no es factible.

No sirve la doctrina tampoco para las cláusulas encadenadas bilateralmente, porque destruirían necesariamente la contraprestación bilateral, más allá de que fuera o no "inequitativo" en el sentido del artículo 83.2 del TR LCU. Si el consumidor tiene que

entregar X a cambio de la prestación Z del predisponente, y una de ellas se elimina por abusiva, indefectiblemente arrastra a la otra, si la eliminada no se recompone por vía de integración.

No sirve la doctrina cuando la abusividad se localiza en *parte* de una cláusula de inclusión de cobertura del contrato de seguro. La parte contamina al todo de la cláusula, también conforme al artículo 6.1 de la Directiva, pues es la "cláusula" la que no vinculará. Pero toda inclusión que se borra se convierte negativamente en exclusión de cobertura, con daño del asegurado.

Hay más, la doctrina del TJUE crea espacios, inexistentes hasta ahora en la práctica judicial, para que el contrato en su conjunto, y no sólo la cláusula nula, no pueda subsistir, con perjuicio del consumidor. Según el artículo 6.1 de la Directiva, ello se determinará conforme al Derecho español, y éste impone que el contrato se anule en su totalidad si las cláusulas subsistentes "determinan una situación no equitativa" en la posición de las partes. No es equitativo para una entidad financiera que el deudor impague sin costes moratorios. Afortunadamente, el artículo 1108 CC es una norma de Derecho dispositivo aplicable una vez que se ha creado la laguna contractual. Pero no siempre se encuentra un remedio tan a la mano. Piénsese qué ocurriría si la cláusula excesiva fuera la relativa a los intereses remuneratorios y no a los moratorios; se trataría al banco "abusador" peor que trata a los usureros la vieja Ley Azcárate de 1908, los cuales podían atenerse a la nulidad total. Piénsese también en aquellas cláusulas que conceden a los consumidores un remedio favorable no previsto en el Derecho dispositivo (por ejemplo, un derecho de salida o desistimiento) sometido a una condición muy gravosa; no sería de recibo anular el gravamen y dejar al consumidor con toda la ventaja totalmente regalada, que nunca le hubiera correspondido si la totalidad de la cláusula (lo favorable y lo adverso) desapareciera. Porque lo que el artículo 6.1 de la Directiva no permitiría (¿o sí?) sería anular *partes* de cláusulas, dejando lo bueno y eliminando lo malo.

Finalmente, preocupan los efectos perversos que pueda producir esta dicotomía todo/nada, incluso cuando exista un "colchón" de Derecho supletorio, como es el caso del artículo 1108 CC. El artículo 1108 CC no crea desincentivos suficientes a la morosidad. Ante una opción tan draconiana, más de un juez, que antes moderaba la tasa por costumbre, se verá impelido a, por no caer en una "barra libre de la morosidad", dar por buenos intereses moratorios que ayer mismo condenaba de abusivos.

Conclusión. La doctrina del TJUE es correcta cuando la ventaja está tan poco "imbricada" en el resto del contrato que sea bueno castigar mediante la eliminación *in terrorem*, y allí donde existe un Derecho dispositivo que permita la continuación equitativa del contrato, al menos de manera tan conveniente para el consumidor como la que resulta de la eliminación pura de la cláusula. La doctrina no sirve para aquellos supuestos donde la eliminación de la cláusula por entero dañaría la posición del consumidor frente a otras opciones más favorables, ni para aquellos casos en que la eliminación se llevaría por delante un elemento esencial del contrato, por lo que éste no podría subsistir.