



## Hacia una nueva dogmática en el régimen de contratación, también en los contratos de seguro

Diego Elum Macias  
Abogado

### EXIGENCIA DE ADAPTACIÓN HISTÓRICA AL CAMBIO SOCIAL

Decía el profesor Díez-Picazo, en su magnífica obra “Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho, Barcelona, 1983”, que la experiencia histórica era una evidente experiencia de cambio y de progreso jurídico. Para precisar, más adelante, que una postura negativa del cambio jurídico resultaba insostenible lo mismo como experiencia histórica que como posición ontológica. Por lo que la admisibilidad de una interpretación evolutiva o de reajuste del ordenamiento jurídico, le parecía del todo irrecusable.

Del mismo modo, la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil, viene a establecer la base 20 lo siguiente: *“Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos al principio de la que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aún en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la trasmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente. Igualmente se cuidará de fijar bien las condiciones del consentimiento, así en cuanto a la capacidad como en cuanto a la libertad de los que lo presten, estableciendo los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y el objeto de las convenciones, su causa, forma e interpretación, y sobre los motivos que las anulan y rescinden”*. Esta Ley de Bases, a la que se termina de hacer mención, fue la que dio lugar a la publicación en la Gaceta de Madrid del 30 de Julio de 1889 de nuestro vigente Código Civil.

El espíritu sentado en la base transcrita, viene a enfatizar los principios sobre los que se debía de asentar la regulación de la contratación. Las condiciones del consentimiento, la capacidad y la libertad de los que lo presten, se señalan como el eje sobre el que debe de gravitar la normativa legislativa. Este debía ser pues el espíritu del Legislador decimonónico. Sucede que, la experiencia histórica vigente al momento del otorgamiento de tal cuerpo legislativo, no podía contemplar el desarrollo y los avances que el progreso pudiera conllevar y que hiciera adoptar nuevas formas de contratación que por su propia contextualización pudieran llegar a desvirtuar ese eje maestro garantista de la capacidad dispositiva, y en definitiva de la libertad de los contratantes. El legislador de nuestro Código Civil no podía concebir el tipo de contratación mayoritariamente aplicado en la actualidad, nos estamos refiriendo a la contratación seriada o de condiciones generales. Era la convención de las partes la que venía a constituir el formato contractual vigente en la época. El devenir de los tiempos, la adaptación de nuevos ingenios que han permitido la estandarización de nuevas formas de contratar, así como el muchas veces descartado consentimiento con que se ha permitido actuar en el mundo económico a quienes ostentaban posiciones de poder, ha proyectado un aquietamiento en que las cosas eran así porque así debían ser.

Pero desde la entrada en vigor de nuestro Código Civil, se ha producido una evidente experiencia de cambio y que está empezando a romper el techo de cristal literalista de nuestra normativa reguladora de la contratación conforme socialmente está más presente el ideal de la transparencia en la convivencia social y, por ende, en la progresiva evolución jurídica de la misma. Importancia que no sólo se manifiesta en el actual entendimiento de nuestra organización política, en el correcto funcionamiento de los poderes públicos y de la propia administración, sino también y, sobre todo, en el seno de los valores y convicciones que la sociedad reclama para que se realice el ideal de lo justo.

En consideración a estas referencias de orden histórico evolutivo, cumple señalar, a día de hoy, la existencia de dos claras tendencias en la interpretación de la actual regulación de las normas de contratación, inmovilista una, que conlleva necesariamente el reconocimiento de una serie de privilegios que se han ido acumulando respecto de la posición más fuerte en la contratación y, otra, novedosa y progresista, en la medida que persigue y busca el reconocimiento de un posicionamiento simétrico en la relación contractual.

Se está terminando de pasar, parece ser, una terrible crisis económico-financiera, que ha constituido una auténtica pandemia social, cual si de un devastador virus se tratase. En el tránsito de tal situación se ha evidenciado con toda su crudeza lo que recién se está señalando. La estructura contractual quedaba al descubierto y de una manera obscena venía a señalar la desproporcionada fortaleza del fuerte y la tremenda debilidad del débil. Ante ese devastador virus se han aplicado una serie de medidas paliativas, que no han sido precisamente unos meros placebos, pero que han servido, en definitiva, para marcar esas desigualdades que la jurisprudencia ha intentado corregir siendo respetuosa con ese postulado que se concreta en la base 20 de la Ley que daría origen a nuestro vigente Código Civil.

Y lo que vamos a intentar en este trabajo, no es tanto señalar los distintos hitos jurisprudenciales que vienen a marcar lo que estamos señalando, sino elevar la categoría a lo que sin duda es ya una creación de un cuerpo jurisprudencial homogéneo, no concluido, y que en definitiva viene a evidenciar la necesidad de ese cambio de dogma en cuanto a la rectificación legislativa que permita la fabricación de la vacuna que venga a hacer inmune los abusos en el ámbito de la contratación.



### CONFIGURACION JURIDICA DEL MODO DE CONTRATACION. CONTRATO POR NEGOCIACION Y CONTRATO BAJO CONDICIONES GENERALES.

La decantación jurídica de este fenómeno de contratación bajo condiciones generales, presidida ya por el reconocimiento constitucional de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios (art. 51 CE), y desarrollada principalmente por la L.G.D.C.U de 1984 y la L.C.G.G de 1998, determina, la sujeción de la eficacia de este fenómeno a un control riguroso de la reglamentación predispuesta que impida el abuso en la contratación respecto de la parte que, por definición, no ha negociado ni ha podido influir en la negociación. En este sentido, debe señalarse que el fenómeno de las condiciones generales presenta una interrelación, muy intensa, con el desenvolvimiento jurídico actual, que va desde su notable incidencia en la teoría general del contrato, hasta su papel destacado en la tendencia, cada vez más consolidada, de armonización del Derecho europeo de los contratos, aplicación que ya ha sido reconocida por la reciente doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, entre otras, SSTs. 15/01/2013 (num. 827/2012) y 18/11/2013 (num. 638/2013).

En definitiva, y tal como señala el Tribunal Supremo, se parte de la constatación de este

fenómeno para señalar que la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un sector relevante del tráfico patrimonial, siendo en definitiva un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado de la contratación por negociación que contempla nuestro Código Civil. Con un régimen y presupuesto causal, propio y específico, que hace descansar la validez y eficacia última, no tanto en el consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual, en orden a poder conseguir un equilibrio prestacional y comprensibilidad real del marco de las condiciones generales. Esta importante conclusión puede obtenerse directamente de la STS de 18/06/2012 (num. 406/2012) hito ciertamente trascendente en orden a la delimitación de la figura y sus posteriores desarrollos. En tal sentido es elocuente la STS. de 02/12/2014 (num. 677/2014), cuando señala: *“Por último, y aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe de entenderse, por aplicación de la Directiva de 1993 (Directiva CE 13/1993, de 5*



de Abril) art. 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto del control por la vía de inclusión y de transparencia (arts. 5.5 y 7 L.C.G.C y 10.1ª L.G.D.C.U)”.

Igualmente resulta de especial relevancia la STS. de 10/03/2014 (núm. 149/2014), cuando en su Fundamento de Derecho segundo, apartado 3, declara:

*“Desde la perspectiva conceptual y metodológica que concurre en el presente caso, conforme también a la calificación otorgada por ambas instancias, se debe partir, necesariamente, del hecho de que la demandada no ostenta la condición de consumidor pues el destino del servicio contratado queda integrado, plenamente, en el marco de la actividad empresarial o profesional de prestación de servicios que, a su vez, realiza la parte demandada como gestora de una residencia para personas de tercera edad y en situación de discapacidad (SSTS. 18/06/2012, núm. 406/2012 y 24/09/2013, núm. 545/2013; arts. 1.2, 1.3 L.G.C.U y 2. y 3 L.G.D.C.U).*

Esta calificación condiciona la valoración e interpretación de la relación comercial resultante dado que la posible ponderación

de los presupuestos que informan el equilibrio prestacional del contrato cursan en atención al régimen general del contrato por negociación que atiende, fundamentalmente, a la voluntad manifestada por las partes como principio rector en el orden interpretativo del contrato (art. 1.281 del C.C); sin posibilidad de extrapolar dicha interpretación al ámbito del control específico de abusividad, propio de la contratación bajo condiciones generales como modo propio y diferenciado de contratar y, en particular, del posible carácter abusivo de la correlación entre el plazo de duración y de prórroga automática del contrato en conexión con la facultad de resolución pactada”.

#### **BUENA FE Y EQUIVALENCIA PRESTACIONAL**

Siendo el principio de la buena fe un principio inspirador de todo el Derecho patrimonial y del tráfico jurídico del mismo derivado, constituye un postulado central de las directrices del orden público económico. Una consecuencia evidente de este principio es su aplicación en el ámbito de la interpretación contractual; sirva de ejemplo la llamada general a la buena fe contractual que realiza el Código Civil en orden a la integración del contrato del art. 1.258 del mismo cuerpo legal.

Por su parte, el principio de equivalencia o justo equilibrio de las prestaciones supone una proyección de la directriz de conmutatividad del comercio jurídico y comparte un espacio en el marco de la interpretación contractual, supuesto del art. 1.289 del Código Civil. Pero estos postulados ya no obedecen al puro marco de interpretación del contrato, sino que se trata de responder a una cuestión más profunda, en la interpretación de nuestra jurisprudencia, esto es, el control de la eficacia desplegada por la reglamentación contractual predispuesta. Desde esta perspectiva, y conforme al propio desenvolvimiento de estas directrices en atención a la naturaleza y función del fenómeno de la contratación seriada, los criterios de buena fe y de equivalencia ya no actúan sólo como meros criterios interpretativos, sino como principios o criterios valorativos que delimitan la idoneidad o la justicia contractual de la reglamentación predispuesta, proyectándose en toda la extensión jurídica en que se presenta el fenómeno de las condiciones generales y alcanzando tanto al control de inclusión como al control de contenido, todo ello conforme a la unidad jurídica que caracteriza la contratación seriada.

El principio de la buena fe adquiere así una dual dimensión, por una parte los especiales deberes de transparencia y comprensibilidad real que incumben al predisponente y, por la otra, la exigencia de que el contenido contractual responda al cumplimiento que, según la naturaleza del contrato, razonablemente quepa esperar desde la posición contractual del adherente.

### **INEFICACIA DE CLAUSULAS ABUSIVAS. STS. DE 23/12/2015 (núm. 705/2015).**

La sentencia reseñada contiene un voto particular concurrente formulado por el Magistrado Sr. Orduña Moreno. Ciertamente, la misma merece un especial contraste entre ambos posicionamientos, siendo obligado reseñar las fundamentaciones disidentes, que si bien no inciden en el fallo, si lo hacen respecto de la valoración jurídica de sus respectivos postulados.

La sentencia, en su Fundamento de Derecho 5º, letra E, desarrolla el vencimiento anticipado. En tal sentido relata:

*“...consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en*

*que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que “Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago, o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo”; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el T.J.U.E. en el Auto de 11 de Junio de 2015, al decir “La directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo – en el sentido del art. 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 – de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.*

La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad.

Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1.124 CC), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real...

De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de

liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados.”

### Voto particular

El corolario y síntesis de la fundamentación contenida en el voto particular concurrente vendría de la incorporación de la doctrina aplicable derivada del T.J.U.E. y de las consecuencias de su valoración: integración de la cláusula declarada abusiva y el consiguiente vaciamiento del efecto disuasorio de la declaración de abusividad, y que se concretaría en lo siguiente:

*“En definitiva, tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, el acreedor no puede sustentar su pretensión en que el curso de la ejecución instada respeta lo previsto en el art. 693.2 L.E. En primer lugar, porque no es cierto, pues dicha previsión no consta configurada negocialmente en el título de la constitución de la hipoteca que se hace con referencia a - cualquier incumplimiento del deudor -. En segundo lugar, porque el desarrollo de las consecuencias derivadas de la abusividad, que no es otra cosa que la aplicación plena del régimen de ineficacia del acto o negocio que trae causa de la cláusula abusiva, impide que dicho régimen pueda ser excepcionado o limitado por el plano del cumplimiento contractual observado, que resulta extraño a la propia configuración imperativa de esta consecuencia de - no vinculación -para el consumidor. Así como la posible integración que no se realice en beneficio exclusivo del consumidor adherente.*

*La aplicación en estos casos del art. 693.2 L.E.C., constituye, por tanto, una vulneración de la doctrina jurisprudencial del T.J.U.E. en el ámbito de su competencia y comporta tanto una integración de la cláusula ya declarada abusiva, pues el principal efecto de la nulidad de pleno derecho del régimen de ineficacia no se cumple, dado el no sobreseimiento de la ejecución instada, como un - vaciamiento - de su efecto o función disuasoria pues, como se ha señalado, con la continuación del proceso de ejecución hipotecaria el mensaje que se transmite no es otro que el acreedor predisponente pueda volver a utilizar esta, u otras cláusulas igualmente abusivas, sin sanción concluyente al respecto confiando, en todo caso, que su cláusula abusiva será integrada y, por tanto, validada, en atención a los supuestos previstos en el art. 693.2 L.E.C. En contra de las SSTJUE de 14 de Junio de 2012 y 30 de Mayo de 2103, entre otras, que sólo permiten la ponderación de estos criterios, y los que cita la sentencia al final del apartado cuarto, en el plano estricto de la valoración o calificación del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, pero nunca para moderar o integrar los efectos*

*producidos por la cláusula declarada abusiva que resulten perjudiciales para el consumidor, esto es, el despacho de la ejecución instada que necesariamente tiene que ser sobreseída.*

*En virtud de todo lo relacionado anteriormente, la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en el nº 4º de la Decisión de Sala, del apartado e) vencimiento anticipado, correspondiente al Fundamento de Derecho 5º de la sentencia, infringe el principio de efectividad del art. 6.1, en relación con el art. 7 de la Directiva 93/13 y su consideración de norma integrante del orden público económico, vulnerando la doctrina jurisprudencial que el propio T.J.U.E desarrolla en este ámbito de su competencia. Por lo que la*



*aplicación del art. 693.2 L.E.C., tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que figura en la constitución de la garantía hipotecaria, resulta frontalmente contraria a la citada Directiva 93/13, debiéndose proceder a la declaración del sobreseimiento del procedimiento de ejecución instado con base a una cláusula declarada abusiva.*

Vemos de la confrontación del voto particular y la sentencia en que se inserta como se produce una diferenciación adjetiva, pero sin duda de hondo calado y transcendencia, cual es la del establecimiento de un régimen de ineficacia derivada y cumplimiento del contrato; debiéndose diferenciar ambos planos en orden

a la correcta ubicación del principio de defensa del consumidor. Para ello se hace necesario el acceder a una correcta comprensión del control de abusividad que deberá situarse en el plano del régimen de ineficacia derivado frente al plano del cumplimiento del contrato. A tal efecto sirve como faro y guía la doctrina jurisprudencial del T.J.U.E que lo interpreta, particularmente de las SSTJUE de 21 de Febrero y 14 de Marzo de 2013. La valoración del posible carácter abusivo de la cláusula no puede extenderse al plano de las circunstancias que acompañan el cumplimiento o ejecución del contrato, sino que debe ceñirse necesariamente al ámbito de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato. Los supuestos de protección al consumidor, cuando se produce la declaración



de abusividad de la cláusula en cuestión, no están dando lugar a un “vacío contractual”, tal y como parece inferirse de la argumentación de la sentencia, sino al plano estricto de las consecuencias que comporta una nulidad de pleno derecho de una cláusula declarada abusiva y de la que habrá que deducir todas las consecuencias oportunas que de la misma se puedan derivar. Declarada la abusividad de la cláusula, el consumidor no puede quedar vinculado a aquellas consecuencias derivadas de la misma respecto de sus efectos perjudiciales. No se trataría tanto de la previsión y regulación de un hipotético vencimiento anticipado, en absoluto ilícito, sino de la consideración de los términos en que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado.

Recientemente, el T.J.U.E, en su sentencia de 26 de Enero del año en curso, ha podido pronunciarse sobre la controversia a la que se termina de hacer mención. Y así establece en sus consideraciones 68, 69, 70 y 71, lo siguiente:

*“68.- Mediante las cuestiones prejudiciales sexta y séptima, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el art. 693, apartado 2, de la L.E.C., que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.*

*69.- Con carácter preliminar debe recordarse que, si bien, con arreglo al art. 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, - las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva -, la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, por la que se fijan las condiciones del vencimiento anticipado, no refleja las disposiciones del art. 693, apartado 2, de la L.E.C. En efecto, dicha cláusula prevé que el prestamista podrá declarar el vencimiento anticipado y exigir la devolución inmediata del capital, de los intereses y de los demás gastos en caso de que se produzca la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal, intereses o cantidades adelantadas por el banco, y no, como establece el art. 693, apartado 2 de la L.E.C, en caso de incumplimiento de la obligación de pago por un periodo de tres meses...*

*70.- En consecuencia, la citada cláusula 6 bis está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/13... y el juez nacional está obligado a apreciar de oficio su eventual carácter abusivo.*

*71.- Por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe*

*subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas...*

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia declara:

1).- *Los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley.*

4).- *La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el art. 693, apartado 2, de la Ley 1/2000, modificada por el Real Decreto Ley 7/2013 que prohíbe al Juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de este tipo declarar su nulidad y dejar sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional”.*

Esta reciente sentencia del T.J.U.E viene a fijar el punto en el que se debe de residenciar el control de abusividad en defensa de los intereses del consumidor. Consecuencia de la oposición a la ejecución hipotecaria será la necesaria desestimación de la misma en función de los postulados recogidos en la sentencia a que terminamos de hacer referencia. Es de ver como las tesis reseñadas en el voto particular de la sentencia de 23 de Diciembre de 2015, aparecen refrendadas por esta última sentencia del T.J.U.E. Esta anticipación del control de transparencia en el examen del fenómeno jurídico de la contratación seriada, debe tenerse en cuenta a la hora de establecer la correcta delimitación que presenta la relación del control de abusividad y el plano de cumplimiento o ejecución del contrato, que deberán ser

debidamente diferenciados. La calificación de la abusividad de la cláusula debe valorarse conforme a las circunstancias del caso concreto y al momento de la celebración del contrato, pero en cualquier caso teniendo en cuenta la proyección práctica de la cláusula abusiva en orden a la salvaguarda de los derechos del consumidor. Es decir, será la aplicación de la cláusula abusiva injustamente atendida y sus necesarias consecuencias, caso de que se hubieran llegado a producir, las que deberán de ser valoradas en su conjunto por parte del Organismo Judicial que hubiera efectuado la declaración de abusividad; asumiendo que en una relación de contratación seriada pueden concurrir la declaración de abusividad de una de sus cláusulas y la condena indemnizatoria del consumidor cuando se derive de un incumplimiento que no traiga causa o fundamento en la cláusula abusiva.

#### **CONTRATACION ENTRE EMPRESARIOS BAJO CONDICIONES GENERALES**

Partiendo de que el control de abusividad por falta de reciprocidad o equilibrio prestacional queda limitado al ámbito exclusivo del consumidor, ninguna razón de peso conceptual impide extender el control de transparencia al ámbito de la contratación seriada entre empresarios, ya que en definitiva nos encontramos ante el mismo fenómeno jurídico, y quizás sea este ámbito en el que más precisa se haga la restauración de un sistema legislativo que ponga el foco no en la condición de subjetividad de las partes contratantes, operando tal cualificación como determinante de la legislación a aplicar, sino en el equilibrio o simetría estructural que deba darse en la relación contractual y que merece ser objeto de protección. De ahí, que la fundamentación de las claves metodológicas que informan la valoración e interpretación del control de transparencia deban tener el mismo carácter aplicativo.

En este sentido, también debe tenerse en cuenta que la compatibilidad de control de transparencia no sólo aplicable a los consumidores, sino también a la contratación entre empresarios bajo condiciones generales, radica tanto en el propio principio del control de transparencia, como parte integrante del orden público económico, todo ello en estrecha conexión con la función tuitiva desplegada, como en la similitud de su plasmación positiva y en los bienes e intereses jurídicos protegidos, alejándose del esquema tradicional objetivo y fijando las referencias en el carácter subjetivo de los contratantes, en la consideración de equilibrio



y simetría contractual. De forma que procede afirmar que el control de transparencia obtiene una fundamentación primaria, igualmente válida y legitimadora, desde el ámbito tuitivo de la normativa sobre condiciones generales. Máxime, desde la perspectiva metodológica claramente seguida por la STS. de 8 de Septiembre de 2014 en donde la construcción jurídica del control de transparencia no se realiza con relación a los parámetros del denominado Derecho de Consumo, sino desde la vertiente contractual que ofrece la Ley de condiciones generales.

El desenvolvimiento actual del control de transparencia, como lo evidencian las reseñas jurisprudenciales tanto del Tribunal Supremo como del T.J.U.E y que responde directamente al ideal de lo justo encarnado en los derechos del ciudadano, sea consumidor o no, y su aspiración a la toma de decisión conforme a una comprensión real de la reglamentación predisposta de cara al acceso a bienes y servicios que le van a ser necesarios, debe de tener su fundamento en la razonable confianza de que la reglamentación que se le propone resulta transparente y exenta de abusividad en orden a facilitarle una correcta evaluación de las consecuencias que, a su cargo, puedan derivarse de la ejecución o cumplimiento de dicha reglamentación. En definitiva, no se está hablando más que de “claridad, sencillez y concreción” de las cláusulas predispuestas (art. 4.2 de la Directiva 13/93, art. 5.4 L.C.G.C. y art. 80.1.a T.R.L.G.D.C.U).

## TRANSPARENCIA Y ORDEN PUBLICO ECONOMICO

La transcendencia que puede tener el alcance del criterio que venimos desarrollando, tiene una especial conexión con el desenvolvimiento actual de las directrices de orden público económico, como expresión de los principios o criterios básicos con arreglo a los cuales el ordenamiento jurídico, en su conjunto, deberá ser interpretado y aplicado. El concepto de transparencia participa de un modo directo en el actual desenvolvimiento de las directrices informadoras de dicho orden público económico, como un claro fundamento dinamizador y de concreción normativa del papel y función que hoy en día desempeña el principio de buena fe en la ordenación del tráfico patrimonial bajo condiciones generales.

Esta conexión del criterio de transparencia, con el plano propio de las directrices del orden público económico, ya ha sido reconocida tanto en el ámbito de nuestra doctrina jurisprudencial, como en la jurisprudencia del T.J.U.E. En el

primer caso, basta con acudir, entre otras, a la STS. núm. 464/2014 de 8 de Septiembre, donde se declara lo siguiente:

*“En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS. De 18 de Junio de 2012, núm. 406/2012; 15 de Enero de 2013, núm. 827/2012, de 17 y 18 de Enero de 2013, núms. 820/2012 y 822/2012, respectivamente; 18 de Noviembre de 2013, núm. 638/2013 y 30 de Junio de 2014, núm. 333/2014, entre otras), conforme al acervo y el peso de la formación del Derecho contractual europeo, a tenor de sus principales textos de armonización, ya ha advertido de la profundidad de este proceso a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices de orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso, en el ámbito de las condiciones generales que nos ocupan, tiende a superar la concepción meramente “formal” de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (pacta sunt servanda), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación...”*

*...La contratación bajo condiciones generales tiene una marcada finalidad, por su naturaleza y función, de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica negocial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predisposta, en si misma considerada.*

*El control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (art. 5 de la Directiva 93/13, arts. 5.5 y 7.b de la L.C.G.C y art. 80.1 de la L.G.D.C.U) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predisposta refiera directamente la comprensibilidad real, que no*

*formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta...*

*...Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control, sino en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE. De 21 de Febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de Marzo de 2013, C-415/11, así como STS. de 26 de Mayo de 2014, núm. 86/2014...*

*...Debe concluirse que el control de transparencia requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de Abril de 2014, C-26/13.*

La jurisprudencia del T.J.U.E. es igualmente conteste con este reconocimiento, significándose que la declaración de abusividad por falta de transparencia de una cláusula predispuesta constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del orden público económico, conforme al principio de efectividad del art. 6 de la Directiva 93/13 (SSTJUE de 6 de Octubre de 2008, C-40/08 y 30 de Mayo de 2013, C-488/2011). De ahí su indisponibilidad y la prohibición de moderación e integración por los tribunales nacionales.

La significación de la falta de control de abusividad a la hora de la materialización de ese control de transparencia es algo que incidirá negativamente en otros principios de alcance como puede ser el de la seguridad jurídica. La actual interrelación comercial en el marco de un mundo cada vez más globalizado exige proponer normas legislativas adecuadas a la prestación de esa seguridad jurídica que potenciará la competitividad de los propios países. Ciñéndonos a nuestra propia legislación vemos como el art. 609 del Código Civil, contempla la existencia de distintos modos de adquirir la propiedad, y se regulan de manera diferenciada y singularizada en atención a las particulares peculiaridades de cada una de esos modos. Igualmente, y como referente, cabe señalar lo que dispone el art. 3 de la Ley 50/80 de Contrato de Seguro, cuando establece que:

*“Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”.* Evidentemente, y a la luz del contenido jurisprudencial y referencias legislativas que se vienen señalando, tal manifestación resulta de todo punto insuficiente en orden a salvaguardar la defensa de los derechos del consumidor. No puede bastar la mera aceptación por escrito, ni el relieve de las cláusulas limitativas. Se trata de acceder al consentimiento pleno de su contenido para de esta manera dar cumplido respeto a la voluntad contratante del adherente. Aceptación no es sinónimo de correcto entendimiento, y este deberá de comprender no sólo las cláusulas limitativas, sino el total contenido del condicionado general y particular de la póliza.

Se atiende a los condicionantes objetivos, subjetivos, circunstanciales, modales, etc. Sin embargo, y una vez que ha quedado más que constatada la clara diferenciación metodológica, los distintos planos de proyección de las partes intervinientes en la contratación, habiéndose demostrado por la devastadora crisis financiera vivida las asimetrías existentes en las relaciones contractuales, se carece a fecha de hoy de la normativa precisa y adecuada para el reconocimiento y regulación ordenado de los distintos modos de contratación. La Directiva 93/13, así como la Ley de Condiciones Generales de Contratación y el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, vienen reconociendo la existencia de desequilibrios contractuales que intentan ser regulados por normativas específicas que cuentan con un reconocimiento jurisprudencial cada vez más amplio, tanto por nuestro Tribunal Supremo, como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ello no obstante, se echa en falta una regulación sustancial en el marco legal que le es propio, el Código Civil. Nos consta que ya obra en poder de los distintos grupos parlamentarios de nuestro País, el correspondiente borrador que permita establecer un Pacto por la Transparencia. Urge cambiar el sistema regulador de la contratación en el Código Civil, por uno que permita la respuesta y cobertura ordenada a los distintos tipos de contratación.

El elemento integrador de la transparencia y, en definitiva, del control de abusividad, vendrá dado por el análisis que se deberá hacer de la cláusula afectada esencialmente de nulidad, en base a las reflexiones y referencias jurisprudenciales contenidas en el presente artículo, atendiendo al principio de la buena fe contractual que proclaman tanto el art. 1.258 del Código Civil, como el art. 57 del Código de Comercio. Como ni el legislador comunitario



ni el español han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre el respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual, no corresponde a los tribunales configurar un “tertium genus” que no ha sido establecido legislativamente. Esta circunstancia, que pone en evidencia la necesidad de la reforma legislativa que se propugna, será la que podrá permitir la accesibilidad, vía respeto a la buena fe contractual, al examen del posicionamiento del predisponente en la contratación que ofrece al adherente y cuando éste no es una de las figuras que recoge la Ley de Condiciones Generales de Contratación, ni la legislación de Consumo.

## CONCLUSIONES

### PRIMERA.- RECONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE DOS TIPOS DE CONTRATACIÓN.

Ciertamente, y como primera premisa cumple constatar y asumir la existencia de dos universos distintos en el ámbito de la contratación: 1) Contratación seriada, adhesiva o bajo condiciones generales y 2) Contratación negociada o por convención. Ambos ámbitos, de naturaleza distinta y con un acceso respecto de las partes intervinientes ciertamente heterogéneo, obliga a que se respeten esos principios básicos de libertad y justicia, en cuanto a que su consentimiento y voluntad sea respetada mediante la incorporación de mecanismos que garanticen tales postulados.

### SEGUNDA.- DECLARACIÓN DE COMPROMISO CON EL JUICIO DE ABUSIVIDAD MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL CORRESPONDIENTE CONTROL DE TRANSPARENCIA.

Debe darse un Pacto por la Transparencia. No cabe descargar en los fedatarios públicos y registradores la exclusividad en cuanto a la aplicación del control de transparencia, como así se ha pretendido por parte de relevantes sectores económicos. Dicho control debe de imponerse en la fase previa a la creación de la contratación ofrecida. La regulación de tal práctica deberá venir impuesta legislativamente y modulada en atención a las características contractuales relativas.

### TERCERA.- ESTABLECIMIENTO DE LA MODALIDAD ESPECIAL DE PROTECCIÓN EN ATENCIÓN A LA ASIMETRÍA DE LA REALIDAD CONTRACTUAL.

Se echa en falta, y resulta urgente, el que por el legislador se de un paso adelante que permita establecer el foco de la atención en cuanto a la protección del contratante más débil, no tanto en su condición o no de profesional, la finalidad que vaya a dar a las posibles cantidades objeto de un préstamo hipotecario, consumidor, etc, sino en el carácter simétrico del contrato, con total independencia, aunque siempre teniéndolo en cuenta, de las especiales concurrencias de circunstancias adjetivas, pero que no inciden en la valoración esencial del consentimiento y la voluntad.

En definitiva, se trata de conceder cobertura de legalidad a una legítima situación que vive a la intemperie.

