

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Nota de Jurisprudencia

### Erosiones en el contractualismo y abuso de las cláusulas abusivas (Comentario de la STS de 8 de abril de 2011)

**LUIS DíEZ-PICAZO**  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

Don Carlos Maria, que era y es hoy todavía abogado de profesión y está integrado en un bufete prestigioso, celebró, en su momento, un contrato de arrendamiento de servicios con don Anselmo para defender los intereses de éste en un proceso divisorio de la herencia de doña Manuela.

En ese contrato de arrendamiento de servicios, que se plasmó por escrito, se reconocían a favor del abogado dos especiales facultades.

*a)* La primera era fijar de acuerdo con sus criterios profesionales, los honorarios que pudieran tener derecho a percibir en el curso de su actividad.

*b)* La segunda permitía al abogado (y se supone que al bufete al que pertenecía) percibir una determinada suma si se prescindía de sus servicios. Según se transcribe, aunque parcialmente, en la sentencia, la cláusula decía así:

«si por cualquier circunstancia don Anselmo decidiera prescindir de los servicios de Abogados, los honorarios quedaran fijados en el quince por ciento del valor de su participación en el herencia, según la valoración más alta de la que se tenga conocimiento y serán satisfechos en el momento de la retirada del asunto».

Don Anselmo era padre y causante de la que luego resultó demandada en el pleito que era doña Celia. No se conoce bien en qué momento se decidió desistir del contrato, o hacerlo unilateralmente y quien fue el autor de este desistimiento. En cualquier caso, ello provocó que se formulara una demanda

contra doña Celia en reclamación de 239.366,23 euros. La demanda la plantearon los abogados y se seguía contra la hija y heredera de la persona que inicialmente había contratado con ellos.

En primera instancia se había estimado parcialmente la demanda y se había condenado a la demandada al pago de una suma de alrededor sesenta mil euros más los intereses legales de esa cantidad, pero se estimó parcialmente la demanda reconvenzional y se declaró nula, y por tanto como no puesta, la última línea de la estipulación contractual, pero sin declarar la nulidad del párrafo central de ella. Hay que decir, inmediatamente, que resulta muy difícil por no decir imposible saber con el texto de la sentencia cual era la última línea y cual era al párrafo central.

Apelaron ambas partes la resolución del Juzgado y la Audiencia de la Provincia (que era Valladolid), estimó parcialmente el recurso de la actora y desestimó totalmente el formulado por la demandada. Como consecuencia de ello, revocó parcialmente la sentencia del Juzgado en el único sentido de señalar que la suma que se debía abonar al actor era la cantidad de alrededor ciento cincuenta y ocho mil euros. Argumentaba la sentencia que no resultaban de aplicación al caso los preceptos en cuya presunta infracción se sustentaba el recurso, puesto que no se trataba de fijación de condiciones generales de la contratación impuestas a consumidores y usuarios, ni se estaba ante una estipulación abusiva impuesta contra las exigencias de la buena fe, sino que el contrato podía ser resuelto unilateralmente en cualquier momento por quien habría contratado la prestación del servicio.

El Tribunal Supremo en la sentencia mencionada estimó el recurso de la demandada y dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

«Sin duda lo acordado por los interesados lo fue en virtud del principio de *autonomía de la voluntad* que se recoge en el artículo 1255 CC. Ahora bien, este principio se desenvuelve con las *limitaciones* propias que imponen las exigencias de la buen fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos –artículo 1258 CC–, que *también recoge la normativa propia de consumidores y usuarios*, con lo que se trata de evitar que se produzca un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones que resultan del acuerdo retributivo, como aquí sucede, pues es evidente que lo que se convino en el contrato *penaliza* de forma clara y grave al cliente desde el momento en que es la voluntad del profesional la que impone de forma encubierta los requisitos del servicio jurídico que presta el bufete para impedir que el cliente pueda resolver unilateralmente el contrato con evidente y grave limitación de su derecho de defensa, pues sólo será posible hacerlo mediante el desembolso de una *indemnización desproporcionalmente alta* que no tiene como correlativo un pacto que ampare su situación en el supuesto de que quisiera resolver el contrato sea cual sea el motivo y en que momento. Se trata, en definitiva, de una *cláusula abusiva* y, por tanto, nula, que no mantiene una reciprocidad real y equitativa de las obligaciones asumidas por ambos contratantes».

(Las cursivas son nuestras)

### 1. Un ejemplo casi paradigmático del anticontractualismo. La búsqueda de la «equidad contractual» como *desideratum*

Me ha llamado la atención la sentencia que da origen a estas líneas, porque cumple bastante bien lo que reza el epígrafe en este momento. Existe latente un anticontractualismo un poco por doquier, que, en el fondo, es una desconfianza en lo que las personas hayan por su cuenta pactado y la tentación de introducir en ello inyecciones de «equidad contractual». Los órganos jurisdiccionales cumplen así un deseo siempre existente en ellos que es antes de nada hacer justicia, sin darse cuenta de que, como el autor de estas líneas ha dicho alguna vez, pretender hacer justicia es la peor manera de cumplir la función que a cada uno le encomiendan las leyes y, especialmente, la Constitución.

No discutiré que se ha introducido en nuestra cultura jurídica no se si por obra de los telefilmes o por otra vía parecida, una cultura norteamericana en la cual los jueces, según dicen, hacen el derecho o cumplen lo que podemos llamar el valor creativo de la función jurisdiccional, a veces sin darse cuenta de que ello es contrario a la Constitución, que prohíbe que los jueces establezcan normas jurídicas de carácter general. Además, con las inyecciones «de equidad contractual» el resultado es algo que tiene ya poco de contrato como expresión de la libertad de las personas, y se convierte en un enganche de una actividad jurisdiccional por donde resulta que las obligaciones son producto de una doble paternidad: las partes y los jueces.

No discutiré que el anticontractualismo es algo latente que pudo ganar espacio en la época de la economía intervenida, pero hoy me parece que está por completo fuera de lugar. Al hablar de la autonomía de la voluntad, epígrafe que va unido inmediatamente después a otro que dice «rectificación y limitación del actuar; la concepción social del contrato», José Castán Tobeñas, en su conocida obra de «Derecho civil español, común y foral», III, 7.º ed., Madrid, 1951, decía, entre otras muchas cosas, las siguientes: «Hay que confesar que en algunos otros puntos concede la ley civil un *excesivo respeto* a las convenciones privadas, en *detrimento de la equidad* y de las *exigencias morales*. Nótese que en el Derecho moderno han desaparecido instituciones como el beneficio de competencia y el recurso de rescisión por lesión, que atenúan en otros tiempos el rigor de los principios jurídicos, y que al amparo de la libertad de contratación y aun de disposiciones concretas del código, inspiradas en teorías abstractas o tradicionales, caben innumerables *abusos* y *verdaderas injusticias*, lo mismo dentro de la compraventa que del arrendamiento y de los demás contratos». (Las cursivas siguen siendo nuestras.)

Ello, como decía, pudo ser reflejo de la economía intervenida en la que esa llamada «concepción social del contrato» parecía que iba a imperar, pero es también una absoluta desconfianza de las posibilidades de los individuos libres. El corregir los innumerables abusos y las innumerables injusticias en detrimento de la equidad o de las exigencias morales es, probablemente desde el punto de vista de la dignidad de las personas, mucho peor, pues finalmente no se sabe la razón por la cual hay que proteger a unos en detrimento de los otros.

Tampoco negaré que en determinados supuestos el ordenamiento puede permitir lo que he llamado inyecciones de equidad contractual, pero son casos y supuestos muy concretos y contados. En principio a mi me parece que hay solamente dos: uno de ellos es la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o de la doctrina de la base del negocio, cuando las nuevas circuns-

tancias han creado una situación de onerosidad sobrevenida que hay que corregir para devolver el contrato a las coordenadas en que las partes lo situaron. La otra está en el Derecho inglés cuando admite la impugnación de los contratos en los casos de «duress» y de «interutue influence».

En la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, que elaboró la Comisión General de Codificación en el año 2009, con origen como he dicho en el Derecho inglés, se recogió en el artículo 1.301 un supuesto de posible anulación de los contratos que recoge las categorías antes mencionadas.

En efecto, dice este artículo «una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión». El precepto añade que «a petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico».

Pero se observará enseguida que el supuesto del artículo 1.301 y de la «dureza» guarda más relación con la anulación de los contratos usurarios que con el supuesto del pleito que la sentencia que comentamos decide.

Por consiguiente, por las líneas que estamos transitando hasta ahora es muy difícil alcanzar las conclusiones que la sentencia quiso buscar, probablemente en aras de una intuitiva justicia que procedía más de los sentimientos que del análisis sopesado de las circunstancias.

## **2. Límites de la autonomía de la voluntad y límites de los derechos subjetivos**

La sentencia que comentamos dice, lo que es perfectamente lógico, que la autonomía de la voluntad tiene sus límites, que son aquellos de los que se precisa usar para no dotar de todo valor al pacto a que las partes hayan llegado, y señala que entre tales límites se encuentra, la buena fe y el abuso del derecho, con referencia indiscutible al artículo 7 CC. Sin embargo, al hacer este tipo de afirmaciones comete, en nuestra opinión, algunos errores flagrantes. Los límites de la autonomía de la voluntad se encuentran fijados –y ello nunca ha sido discutido– en el artículo 1.255 y son las leyes imperativas, la moral y el orden público conceptos con los que se puede abrir algún juego. La buena fe en el artículo 7 CC, tal y como quedó redactado tras la reforma de 1974, y el abuso del derecho, son límites del ejercicio de los derechos subjetivos y significan que los derechos subjetivos ya adquiridos no pueden ejercitarse en forma que sea contraria con los módulos establecidos. Por consiguiente, no hay nada en el artículo 7 CC que resulte aplicable a la contratación. A veces se ha hablado de abuso de la contratación, pero esta es una expresión enormemente errónea sin que en este momento haya que justificarlo más.

## **3. Las cláusulas abusivas y las condiciones de su posible declaración**

La sentencia recurre finalmente a la idea de «cláusulas abusivas», que es una idea que naturalmente a los partidarios de la «equidad contractual» les

produce un especial agrado. Puede señalarse que alguna tendencia moderna, como ocurre de manera especial con los Principios de Derecho Contractual Europeo, ha mantenido la línea de crear una regla de nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de Derecho común. En la antes citada Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos se puede encontrar el artículo 1.262, que refleja esa línea procedente de los PLC, y dice el precepto que «las cláusulas no negociadas individualmente serán nulas por abusivas cuando causen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los trechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato». Aunque después dice que «el carácter abusivo no alcanzará a las pretensiones que sean objeto principal del contrato». Es, naturalmente, una propuesta que no ha recibido –y que es posible que no reciba nunca– el marchamo del legislador. En el Derecho vigente las cláusulas abusivas parece que necesitan cumplir tres requisitos:

1.º Solamente se pueden valorar como abusivas cláusulas insertas en contratos con consumidores, es decir, en contratos de consumo en que una de las partes sea un consumidor. Y en el caso actual no se podrá decir que el contrato tenía por objeto consumir, como consumidores servicios de abogados.

2.º Las cláusulas se tienen que encontrar dentro de condiciones generales de la contratación, hipótesis que en el caso que estamos examinando no se menciona en absoluto.

3.º Para que se pueda valorar una cláusula como abusiva es preciso que no haya sido negociada individualmente, cosa de la que en el caso presente no sabemos nada.

Por ultimo, habrá que discutir si las prestaciones previstas para el momento de resolución unilateral, o como se le quiera llamar, de la relación contractual, eran o no un objeto principal del contrato y no un accesorio.

La conclusión que hay que sacar de ello es que traer a colación la idea de cláusula abusiva es un recurso abusivo al que nos estamos malamente acostumbrando *contra legem*.

#### 4. La posible consideración del pacto como una cláusula penal

Es la ultima de las posibilidades que en la sentencia no entra en juego aunque en algunos momentos y muy de pasada se hable del carácter penal o de la penalización. Tendríamos que admitir que existían como algo implícito un pacto prohibitivo del vencimiento unilateral salvo que se tratara de una resolución por incumplimiento. Si así fuera la arbitraria resolución unilateral podría ser considerada como un incumplimiento sujeto a la penalización o multa convencional en los términos que admite el art. 1.154 CC.

Probablemente, si lo que se quería era moderar o inyectar equidad contractual por decirlo con nuestras palabras, es muy posible que esta hubiera sido una vía salida mucho mas idónea. Nosotros seguiremos creyendo que los contratos son la base del desarrollo económico de una sociedad, y que no es conveniente que forme parte de una verdadera política social, ayudar a los contratantes que se hayan equivocado.