

# El control específico sobre el contenido de los clausulados negociales predisuestos de carácter abusivo

*The specific control of the content of non-negotiated unfair terms*

por

LOURDES BLANCO PÉREZ-RUBIO

*Acreditada para Catedrática*

*Catedrática de Derecho civil*

*Universidad Carlos III de Madrid*

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objeto realizar un profundo estudio del control específico sobre el contenido de las cláusulas que no han sido objeto de negociación individual y que causan al consumidor un perjuicio importante por tratarse de cláusulas abusivas. La legislación española sobre protección al consumidor ha tenido como eje principal de actuación la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas, que fue objeto de transposición en nuestro ordenamiento interno mediante la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que modificó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, estableciendo un control de contenido de las cláusulas tipificadas como abusivas, ley que ha sido objeto posteriormente de sendas reformas. Este estudio realiza un examen de las fuentes normativas sobre cláusulas abusivas y su control, para después detenerse en el concepto de las cláusulas abusivas, conocimiento necesario para acometer la tercera y principal de las cuestiones

que se quieren estudiar, cual es la de analizar, ya de forma específica y en profundidad, los requisitos que ha de cumplir una cláusula no negociada y predisposta para ser considerada abusiva (control de contenido). Por último, se analizan las consecuencias jurídicas que supone la declaración de abusividad de las cláusulas. Para todo ello se tendrá en cuenta tanto el derecho comunitario como nuestro derecho interno, así como el derecho comparado, teniendo siempre como referente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

*ABSTRACT: The purpose of this paper is to make a deep study of the specific control of the content of not individually negotiated terms that cause an important harm to the consumer due to their unfair character. The core of the Spanish legislation for the protection of the consumer has been Directive 93/13/CE on unfair terms in consumer contracts, transposed to our internal legal system by the General Conditions of Contract Law, which amended the General Law for the Defense of Consumers and Users, establishing a control of content of terms deemed to be abusive, law that has subsequently been important reforms. This study examines the sources of law with regard to unfair terms, a necessary knowledge to study afterwards the concept of unfair term, which is also necessary to focus on the third and principal question that we want to study, now in depth, the requirements that a non-negotiated term has to fulfil to be considered unfair (control of content). Finally, we shall analyse the legal consequences of a term deemed to be unfair. For all these purposes, we shall take into account EU Law as well as Spanish Law and comparative Law, always having as reference the decisions of the European Court of Justice.*

**PALABRAS CLAVE:** Cláusulas abusivas. Control de contenido. Protección de los consumidores. Cláusulas predispuestas.

**KEY WORDS:** *Unfair terms. Control of content. Protection of consumers. Non-negotiated terms.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. FUENTES NORMATIVAS.—III. CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA.—IV. CONTROL DE CONTENIDO: REQUISITOS PARA DECLARAR UNA CLÁUSULA ABUSIVA: 1. CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES. 2. AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL DE LAS CLÁUSULAS. 3. BUENA FE Y JUSTO EQUILIBRIO EN LAS CONTRAPRESTACIONES.—V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL CONTROL DE CONTENIDO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. NOTAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Comenzaremos diciendo que el problema de las cláusulas abusivas se plantea en todos los sectores donde la contratación se efectúa mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas, en los que el profesional introduce en el contrato, de forma unilateral, cláusulas que a él le resultan más beneficiosas (por ejemplo, las que reducen o suprimen su responsabilidad, o que mencionan que el plazo de entrega de la mercancía se establece solo a título indicativo, o que atribuyen competencia al tribunal del lugar donde centraliza sus operaciones, etc). El consumidor se encuentra entonces desprovisto de la posibilidad de discutirlas y negociarlas, y si quiere obtener las ventajas materiales que del contrato se derivan, no tiene más remedio que aceptarlas. Es cierto que la adhesión del consumidor a las cláusulas es voluntaria, puesto que puede decidir si contrata o no, pero carece de libertad, ya que no tiene posibilidad de intervenir en la configuración del contenido contractual. La libertad de contratación y la expresión del consentimiento de la parte más débil (el consumidor) aparece anulada o reducida, mientras que el predisponente (empresario) podrá introducir en el contrato aquellas cláusulas que, como hemos dicho, le sean más favorables.

Las razones que han llevado al legislador a establecer una adecuada protección o tutela del consumidor contra los abusos del profesional, residen en la exigencia de impedir que la rigidez y la inmodificabilidad propia de las cláusulas unilateralmente predispuestas se traduzca en la imposición de reglas negociales que son perjudiciales o que causan un daño al consumidor, exigencia que es más evidente cuando el consumidor es un sujeto que se encuentra en una posición socioeconómica manifiestamente inferior y que carece por ello de efectivo poder contractual. A ello se une el hecho de que en la mayor parte de los casos, el consumidor mismo, consciente de la imposibilidad de hacer valer sus propios intereses en el terreno de la negociación, no toma en consideración la posibilidad de una discusión, y acepta las condiciones generales como un mal inevitable porque sabe que si quiere concluir el contrato, no puede eludirlas<sup>1</sup>.

La utilización de esta práctica negocial dará lugar a la inclusión en los contratos de cláusulas abusivas que perjudican al consumidor. Pero no solo eso, sino que incluso el empresario o profesional, al ser económicamente más fuerte, adquiere una posición privilegiada en la contratación y obliga a la utilización de estos clausulados para sus futuros negocios, sin ofrecer medidas de garantía suficientes y forzando de tal forma a la otra parte, que incluso podría llegar a viciar no solo el contrato de que se trate, sino también los futuros contratos que con base a este se celebren.

En este trabajo vamos a centrarnos en lo que concierne al control específico del contenido de las cláusulas establecidas en contratos predispuestos con consumidores, o lo que es lo mismo, en el estudio de las cláusulas que dichos contratos, por su peculiar naturaleza, son susceptibles de incluir, siempre que

se trate de contratos celebrados con consumidores, cuando se insertan cláusulas individuales predispuestas. Dicho control tiene por objeto declarar una cláusula como abusiva y, en consecuencia, su ineficacia.

En primer lugar, realizaremos un examen de las fuentes normativas sobre cláusulas abusivas<sup>2</sup>, de sus características y de la relación entre ellas, para después detenernos en el concepto de las cláusulas abusivas, conocimiento necesario para acometer la tercera de las cuestiones que queremos estudiar, cual es la de analizar, ya de forma específica y en profundidad, los requisitos que ha de cumplir una cláusula no negociada y predispuesta para ser considerada abusiva (control de contenido). Por último, analizaremos las consecuencias jurídicas que supone la declaración de abusividad de las cláusulas. Para todo ello tendremos en cuenta tanto el derecho comunitario como nuestro derecho interno, así como el derecho comparado, teniendo siempre como referente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE)<sup>3</sup>.

## II. FUENTES NORMATIVAS

La principal cuestión que se plantea es cuál es la protección que el ordenamiento jurídico otorga a los consumidores frente a las cláusulas abusivas que el profesional incluye en los contratos a la hora de llevar a cabo sus operaciones.

A nivel comunitario, la existencia de un marco legal sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en diversos ordenamientos jurídicos (por ejemplo, los de Alemania, Francia y Portugal) propició la aprobación de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, adoptada por el Consejo de la Comunidad Económica Europea (en adelante, Directiva 93/13), como se señala en su preámbulo, para facilitar el establecimiento de un mercado único, y para proteger al ciudadano en su papel de consumidor, al adquirir bienes y servicios, frente a las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, mediante la adopción de normas uniformes sobre tales cláusulas<sup>4</sup>. En su considerando 1 señala la evidencia de la exigencia de adoptar medidas destinadas a la instauración progresiva del mercado interno europeo, es decir, de «*un espacio sin fronteras en el cual se asegura la libre circulación de mercancías, de las personas, de los servicios y de los capitales*», considerando que está estrechamente unido al 7, el cual señala que lo que se persigue el fin de la instauración del mercado interior europeo, representado por la exigencia de «*que los vendedores de bienes y prestadores de servicios se verán así ayudados en sus actividades de venta de bienes y prestación de servicios, tanto dentro de su país como en el mercado interior, y que de este modo se verá estimulada la competencia*». Con ello se tratan de evitar las considerables diferencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros que regulan la materia, y que dan lugar «*a que los mercados nacionales de venta*

*de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre sí y a que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros»* (Considerando 2).

En la Directiva 93/13 se contiene la definición de lo que debe entenderse por cláusula abusiva, estableciéndose los requisitos que deben darse para que una cláusula que ha sido predisposta por el empresario, y que no ha sido objeto de negociación individual, pueda tener tal consideración, así como la sanción que debe aplicarse a un contrato que contenga cláusulas de esta naturaleza. Además, se establece una lista de cláusulas que son consideradas como abusivas, como veremos posteriormente.

En Derecho español, la protección del contratante débil y el control de las condiciones generales se produce por primera vez a nivel legislativo en la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, al establecer en su artículo 3 que «*las condiciones generales, en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sujetas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos en la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de algunas de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas*

El legislador estableció en esta Ley un régimen jurídico de protección que consistía en la imposición, por una parte, de unos requisitos de índole formal, que aseguran la autenticidad del consentimiento del consumidor (control de inclusión o de incorporación) y, por otra, en la imposición de un control sobre el contenido de las cláusulas, que pretende garantizar la correspondencia del contenido contractual con las exigencias de equidad.

Este régimen de protección, si bien se siguió manteniendo, fue objeto de una profunda modificación en virtud de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (Ley de adaptación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en adelante LCGC)<sup>5</sup>. Esta Ley se caracteriza por asumir una opción político-legislativa no-

vedosa en nuestro Derecho, que es la promulgación, por separado y en paralelo, de una ley sobre condiciones generales, aplicable con independencia de que el adherente responda o no a la caracterización legal de consumidor, pero siempre que contrate con un empresario o profesional, y de una amplia modificación de la LCU, aplicable a las condiciones generales en sentido estricto y a las cláusulas predispuestas individuales (contratos de adhesión), pero siempre que el adherente pueda ser considerado consumidor<sup>6</sup>.

La modificación, por lo que a nuestro estudio compete, tuvo por objeto una nueva redacción del párrafo b) del apartado 1 del artículo 2, relativo a los derechos básicos de los consumidores; del artículo 10, relativo a los requisitos que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente; añadía un nuevo artículo 10 bis, que contenía una nueva definición de cláusulas abusivas y las consecuencias de su inclusión/no inclusión en el contrato predispuesto unilateralmente; incluía una disposición adicional primera en la que se contenía una lista de cláusulas o estipulaciones consideradas abusivas, y se adicionaba una disposición adicional segunda relativa al ámbito de aplicación de la LCU: «*Lo dispuesto en la presente Ley será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquella*».

Unos años después, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*, modifica, entre otras, la LCU, adicionando un artículo 10 ter y un artículo 10 quáter, relativos a la acción de cesación, estableciendo, principalmente, quiénes están legitimados para ejercitárla, pero no se modifica el concepto ni el listado de cláusulas abusivas.

Una nueva reforma es la contenida en la Ley 44/ 2006, de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, que responde al propósito, por una parte, de dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE) de 9 de septiembre de 2004, en el asunto C-70/2003<sup>7</sup> y, por otra, para incorporar una serie de mejoras en la protección de los consumidores en una serie de ámbitos en los que se ha considerado, a juicio del legislador, necesario.

Dicha Ley modifica, por lo que a las cláusulas abusivas se refiere, en su artículo 4, los apartados 1, párrafo primero, 2 y 3 del artículo 10 bis, relativos al concepto de cláusula abusiva; la lista de cláusulas que se consideran abusivas y establece las consecuencias de la incorporación al contrato de dichas cláusulas, esto es, la nulidad de pleno derecho. En su disposición final quinta se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la LCU y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden

en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

En efecto, un año más tarde se modifica en su totalidad la LCU, mediante 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* (TRLCU). Se estructura en cuatro libros. En relación con las cláusulas abusivas debe acudirse al libro primero que, dividido en cinco títulos, se refiere a las disposiciones generales, incorpora una delimitación del ámbito de aplicación de la LCU de 1984 y una lista de conceptos utilizados reiteradamente en ella, asegurando una mayor claridad en la redacción, evitando repeticiones innecesarias e integrando las lagunas que había identificado la doctrina. En este título se regulan, asimismo, los derechos de los consumidores y usuarios y la legislación básica sobre ellos. En concreto, en el capítulo I, titulado «*Cláusulas no negociadas individualmente*», se establecen los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente en el artículo 80, y en el capítulo II se contiene el concepto de cláusulas abusivas (art. 82), la nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato (art. 83), la autorización e inscripción de las cláusulas declaradas abusivas (art. 84), y se ordenan en una lista las cláusulas que se consideran abusivas (arts. 85-90).

En 2011 se aprueba 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 modifica la Directiva 98/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/434/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. La citada directiva procede, entre otras cosas, a modificar la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Para lo que a nuestro estudio interesa, destacamos el considerando 17, según el cual, «*La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada consumidor*»<sup>8</sup>.

Respecto a la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, la Directiva 2011/83, establece, en su parte aquí relevante, una modificación de aquella, insertando un artículo 8 bis, según el cual «*1. Cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular si dichas disposiciones: —hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración, (...)*

Y, por último, la más reciente reforma es la contenida en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el Texto Refundido de la LCU y otras*

*leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, a fin de transponer al derecho interno la anteriormente citada Directiva 2011/83/UE. Según reza la Exposición de Motivos, en el ámbito de las modificaciones de carácter legal necesarias para transponer la Directiva cabe mencionar las definiciones armonizadoras que se recogen en esta Ley, entre ellas la de consumidores y la de empresario.

La Ley procede a dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012<sup>9</sup>, sobre la que nos detendremos posteriormente. El Tribunal ha interpretado la Directiva 93/13 en lo que respecta al artículo 83 TRLCU (relativo a la nulidad de las cláusulas abusivas). En concreto considera que *España no ha adaptado correctamente su Derecho interno el artículo 6 apartado 1*, por lo cual se ha modificado la redacción del citado precepto<sup>10</sup>.

### III. CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA

La regulación de las cláusulas abusivas venía articulada en el artículo 10.1.c de la LCU, mediante una cláusula general que se complementaba con una lista de cláusulas que se consideraban prohibidas por su carácter abusivo. A través de la cláusula general se establecían los criterios de valoración que permitían considerar la posible nulidad de las cláusulas unilateralmente predispuestas. Estos criterios de enjuiciamiento eran dos: la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones (art. 10.1.c), los cuales se encontraban especificados en una lista que no tenía carácter exhaustivo, sino que era enunciativa, de cláusulas que el legislador consideraba prohibidas por atentar contra el principio de la buena fe e implicar, a su vez, un desequilibrio entre las contraprestaciones, y que eran sancionadas con su nulidad, teniéndose por no puestas (art. 10.4). Se definían las cláusulas abusivas como aquellas «*que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios*» (art. 10.1.c, parr. 3.º).

La necesidad de incorporar al Derecho español la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, en la que se define a nivel comunitario el concepto de cláusula abusiva, y en la que se establece una lista de cláusulas que deben ser consideradas nulas por las legislaciones de los Estados miembros, llevó a la reforma de la LCU en virtud de la ya citada Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), la cual, como dijimos anteriormente, no se limita solo a transponer la Directiva, sino que, al mismo tiempo, regula las condiciones generales de la contratación. La Disposición adicional primera de la citada Ley modifica la LCU dando una nueva redacción a su artículo 10, introduciendo, además, un nuevo artículo 10

*bis*, en el que se definen las cláusulas abusivas y se establece su sanción, y una disposición adicional (la primera) en la que figura una lista de cláusulas que son consideradas por el legislador como abusivas.

La Directiva comunitaria en su artículo 3.1 define como abusivas «*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente (...) si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*». Del precepto se deriva que es necesario que exista una predisposición y una imposición de las cláusulas, siendo, sin embargo, indiferente, que la cláusula tenga por destino incorporarse o no a una pluralidad de contratos. Por tanto, una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor puede ser abusiva, verificándose los requisitos establecidos en el artículo 3.1, sin necesidad de que se trate de una condición general.

En consonancia con lo dispuesto en este artículo, la LCU, modificada por la LCGC consideraba abusivas, en el artículo 10 *bis* «*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley*».

Respecto a la LCU, tanto el artículo 10.1.1.<sup>º</sup> como el artículo 10 *bis*.1 se refieren a «cláusulas o estipulaciones no negociadas individualmente», por lo que ambos preceptos, interpretados en relación con el artículo 3 de la Directiva, eran de aplicación a las cláusulas que hubieran sido redactadas previamente por el profesional (predisposición), y en las que el consumidor no pudo influir sobre su contenido (imposición)<sup>11</sup>.

Con esta regulación se perseguía velar por el justo equilibrio de las prestaciones asumidas por las partes en los contratos en que participasen profesionales y consumidores, defendiendo al consumidor de las cláusulas establecidas unilateralmente por aquellos, teniendo en cuenta tanto el superior conocimiento técnico, como el mayor grado de información de que goza generalmente dicho predisponente. Esta protección iba dirigida no solo frente a los abusos producidos por el uso de condiciones generales sino, más ampliamente, contra los abusos que se ocasionan por la utilización de cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas individualmente, aunque no formen parte de unas condiciones generales, es decir, aunque hayan sido predispostas tan solo para un contrato concreto. En definitiva, pues, para la consideración de una cláusula como abusiva se requiere que la misma provoque un fuerte desequilibrio contractual de las partes en perjuicio del consumidor, y que tal desequilibrio sea contrario a la buena fe (requisitos o parámetros serán objeto de análisis más adelante).

Señalábamos anteriormente que la Directiva 93/13 incorpora un Anexo en el que se contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden

ser declaradas abusivas (art. 3.3). Los diecisiete supuestos contenidos en ella suponen un mínimo, lo cual significa que los Estados miembros pueden decidir mantenerla o introducir en sus ordenamientos nacionales un mayor nivel de protección, incluyendo más supuestos concretos o reforzando los existentes, pero incluso pueden someterlos a «*formulaciones más restrictivas, en particular, respecto al alcance de dichas cláusulas*» (Considerando 17)<sup>12</sup>.

La LCU, siguiendo a la Directiva 93/13, contenía, en una disposición adicional, una lista de cláusulas tipificadas por el legislador como abusivas, pero que tampoco tenía un carácter exhaustivo, sino ejemplificativo, lista negra o de cláusulas en todo caso prohibidas, puesto que el legislador establece que «*tendrán el carácter de abusivas*», a diferencia de la lista de la Directiva que es indicativa, porque en la misma se dispone que «*pueden ser declaradas abusivas*». En ella se recogen los supuestos que se contenían en el anterior artículo 10.1 LCU y los establecidos en la Directiva. A este catálogo se le encomendaba la misión de concretar la cláusula general de control de contenido y orientar al juez respecto al modo en que ha de interpretar y aplicar aquella. Las cláusulas se agrupan en cinco categorías, de la siguiente forma: 1.º cláusulas que suponen una vinculación del contrato a la voluntad del profesional; 2.º privación de derechos básicos del consumidor; 3.º falta de reciprocidad; 4.º sobregarantías y, 5.º lo que la propia Ley denomina «otras». En la misma línea se han pronunciado los legisladores alemán (parágrafos 307 a 309 BGB); inglés [UTCcR 4 (1) (2)]; francés (arts. R 132-1 y 132-2 Code de la consommation) e italiano (arts. 33 y 34 Codice del consumo)<sup>13</sup>.

Como ya hemos dicho, el concepto de cláusula abusiva se ve de nuevo modificado por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*. En concreto, la modificación que nos interesa es la introducida por el artículo 1, párrafo 4, en el artículo 10 LCU, quedando redactado el artículo 10 bis de la siguiente manera:

*«1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, al consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición primera de esta ley».*

Por lo que se refiere a TRLCU, cumple con la previsión recogida en la disposición adicional quinta de la Ley 44/2006, a la que hemos hecho referencia, que habilita al Gobierno para que en un plazo de 12 meses, proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y las normas de transposición de las directivas

comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

En el TRLCU se incorpora una delimitación del ámbito de aplicación de la LCU y una lista de conceptos reiteradamente utilizados en ella, asegurando una mayor claridad en la redacción, evitando repeticiones innecesarias e integrando las lagunas que había identificado la doctrina. Asimismo, se establece el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas, conforme a las previsiones contenidas en la LCU, quedando incorporadas las modificaciones introducidas por la Ley de mejora en materia de cláusulas abusivas. En materia contractual se clarifica la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios y en el ámbito sancionador (Exposición de Motivos).

El concepto de cláusulas abusivas se contiene en el artículo 82, a cuyo tenor:

*«1. Se considerarán cláusulas abusivas 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 en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*

*2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.*

*El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.*

*3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa».*

De la lectura del precepto se observa que respeta la redacción dada al derogado artículo 10 bis por la Ley de 2006. El párrafo 3 del citado artículo reproduce el artículo 4.1 Directiva 93/13 y manifiesta la relatividad del concepto de cláusula abusiva, afirmación que no solo ha de tenerse en cuenta para enjuiciar la contravención del artículo 82.1 TRLCU, sino también a la hora de aplicar muchas de las cláusulas contempladas como abusivas en el párrafo 4, por la reiterada utilización de términos cuya valoración requiere atender a las circunstancias concurrentes<sup>14</sup>. Aunque el TRLCU establezca que son «en todo caso abusivas» (art. 84.2) las cláusulas en el precepto contenidas, la doctrina, de forma mayoritaria, considera que esta declaración no evita una ulterior distinción entre cláusulas negras, abusivas en cualquier caso y con independencia

de las circunstancias concurrentes, y cláusulas grises, por el uso de conceptos indeterminados<sup>15</sup>.

El extenso listado de cláusulas abusivas reproduce, con alguna alteración y alguna reorganización, la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> LCU, reformada por la Ley 44/2006. El texto del artículo 84.2 TRLCU reitera la clasificación anterior con la novedad de dividir el apartado V («Otras») en dos nuevos subapartados, siendo de valorar, como hace ver CARRASCO PERERA A. (2010, 792), la estructuración realizada por el legislador, puesto que además de facilitar la lectura de la extensa lista legal, la expresión del criterio catalizador de cada grupo de cláusulas aporta un nuevo indicador al operador jurídico, situándose a modo de «alarma» en un estadio intermedio entre la cláusula general del artículo 82 y las cláusulas en todo caso prohibidas.

La nueva redacción del TRLCU presenta una novedad de trascendencia: lo que en la antigua Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> LCU eran rúbricas o descripciones aclaratorias que precedían cada uno de los capítulos en que se agrupaban las cláusulas consideradas abusivas del listado, ahora, además de mantenerse como rúbricas de los artículos 85 a 90, pasan a ser lo que CAVANILLAS MÚGICA S. (2008, 16) denomina «una especie de reglas generales intermedias», que completan la cláusula general del artículo 80.1.c) TRLCU para determinar lo que es o no abusivo.

La lista es considerablemente extensa, pues comprende 39 apartados en los que se recoge un número aún mayor de cláusulas que se consideran abusivas que las que se contenían en la LCU. Se estructura en torno a cinco grupos de cláusulas, dedicando un artículo a cada uno de ellos:

1.<sup>º</sup> Artículo 85: cláusulas que implican *vinculación del contrato a la voluntad del profesional*. Este precepto recoge una cláusula general (párr. 1.<sup>º</sup>) y se incluyen las cláusulas que permiten al predisponente decidir unilateralmente acerca de la interpretación, validez, exigibilidad, cumplimiento, resolución, etc., del contrato.

2.<sup>º</sup> Artículo 86: *cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario*. En él se recogen las cláusulas que limitan o excluyen los derechos que, conforme a las reglas generales sobre obligaciones y contratos, corresponden a uno de los contratantes en caso, por ejemplo, de incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del otro contratante.

3.<sup>º</sup> Artículo 87: *Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad*, haciendo referencia a las cláusulas que desplazan algunas reglas legales aplicables a los contratos.

4.<sup>º</sup> Artículo 88: *Cláusulas abusivas sobre garantías*, en el que se incluyen cláusulas que establezcan garantías desproporcionadas al riesgo asumido por el predisponente (apart. 1) y a las que modifiquen las reglas legales en materia de distribución de la carga de la prueba (aparts. 2 y 3).

5.<sup>º</sup> Artículo 89: *Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato*.

6.<sup>º</sup> Artículo 90: *Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable*, donde se incluyen las cláusulas relativas a competencia judicial y arbitraje que se consideran inadmisibles.

#### IV. CONTROL DE CONTENIDO: REQUISITOS PARA DECLARAR UNA CLÁUSULA ABUSIVA

Se ha dicho que siempre que se hable de cláusulas abusivas se está haciendo el control de contenido<sup>16</sup>. En efecto, los contratos celebrados con consumidores deben someterse a un control sobre el contenido de sus cláusulas, al objeto de verificar si estas, una vez que cumplen los requisitos de inclusión (concreción, claridad y sencillez), y han sido aceptadas por el consumidor y firmadas por las partes, son abusivas porque se oponen a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones.

Como señala PAGADOR LÓPEZ, J. (1999, 129-130), la pieza clave del régimen jurídico especial de los contratos celebrados mediante cláusulas predisueltas es la práctica de un control específico sobre los clausulados negociales, lo cual es debido a que, por las circunstancias en que se desenvuelve esta forma de contratación, el predisponente goza de *facto* de total libertad a la hora de elaborar esos clausulados.

El TRLCU ha optado, en cuanto al control de contenido, por el modelo clásico, es decir, se apoya en una cláusula general de control de contenido —artículos 80.1.c) y 82.1—, a la que se añade un listado de cláusulas que se consideran abusivas —arts. 85-90—. «Lo peculiar de este control específico es que no se fiscaliza la legalidad o no de las cláusulas, sino el carácter equilibrado o desequilibrado del contenido de la regulación jurídica —derechos y obligaciones de una y otra parte— que recogen con vistas a organizar la relación negocial trabada entre las partes»<sup>17</sup>.

Del concepto dado por el legislador sobre las cláusulas abusivas, o de la cláusula general de control de contenido (arts. 80 y 82), se deducen los requisitos que son necesarios para que pueda considerarse una cláusula como abusiva. Son los siguientes: 1. que el contrato se haya celebrado con un consumidor; 2. que en el contrato se contengan estipulaciones que no hayan sido negociadas individualmente y en cuyo contenido no haya podido influir el consumidor; 3. que las mismas sean contrarias a la buena fe, y que produzcan un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes. Analizamos a continuación estos requisitos.

##### 1. CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

Como ya ha quedado dicho, la protección dispensada por el legislador frente a las cláusulas abusivas solo se da en contratos celebrados entre consumidores y

profesionales. Pero, ¿quién es consumidor y quién profesional? En los términos de la Directiva es consumidor *«toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional»* (art. 2.b)<sup>18</sup>. La alusión exclusivamente a la persona física conduce a concluir que se ha optado por un concepto restrictivo que excluye en todo caso del concepto de consumidor, como señala CARBALLO FIDALGO M. (2013, 25), al adquirente de bienes o servicios que directa o indirectamente se encuadran en el marco de una actividad profesional y, por tanto, de su competencia.

El TJCE se pronunció sobre la noción de consumidor en la sentencia de 22 de noviembre de 2001<sup>19</sup>. Más concretamente, sobre la posibilidad de extender el concepto contenido en el artículo 2 de la Directiva 93/13 a las personas jurídicas, concluyendo que *«del tenor literal del artículo 2 de la Directiva se deduce claramente que una persona distinta de una persona física, que celebra un contrato con un profesional, no puede ser considerada como consumidor en el sentido de la citada disposición»*.

Sin embargo, en nuestro derecho, la LCU definía a los consumidores como *«las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden»* (art. 1.2). Y excluía de la consideración de consumidores a quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en el proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (art. 1.3).

Por lo que se refiere al profesional, su definición se encontraba en la Disposición adicional primera LCU, al final del elenco de cláusulas declaradas abusivas por el legislador. En términos coincidentes a la definición establecida en la Directiva (art. 2.c), se entendía por tal *«la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada»*.

Posteriormente, el TRLCU, pretende aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada, pero respetando las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas». Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario.

Según reza la EM del citado cuerpo legal, el consumidor y usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. En concreto, el artículo 3 establece que *«A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto en sus Libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional»*<sup>20</sup>. Se

incorporan, asimismo, las definiciones de empresario, productor, producto y proveedor, al objeto de unificar la terminología utilizada en el texto. Las definiciones de empresario productor y producto son las contenidas en las normas que se refunden: artículo 4: «*A efectos de esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional*».

Por otra parte, el apartado segundo de la Exposición de Motivos adelanta que incorpora en su libro I una lista de conceptos que asegura «*una mayor claridad en la redacción, evitando repeticiones innecesarias e integrando las lagunas que había identificado la doctrina*». Y para mayor clarificación, el apartado III añade que, aunque se ha acogido un concepto de consumidor adaptado al propio de la normativa comunitaria, se han respetado las peculiaridades de nuestro ordenamiento con respecto a las personas jurídicas: «*el consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización y prestación a terceros*».

De ello se desprende un concepto de consumidor o usuario como destinatario final<sup>21</sup> que incluye, no solo a las personas físicas, sino también a las jurídicas sin ánimo de lucro, cuyo objeto social no incorpore una actividad profesional o empresarial y siempre y cuando no hayan adoptado la forma de una sociedad mercantil<sup>22</sup>.

Por lo tanto, el TRLCU excluye a todo profesional que compre o contrate bienes o servicios que puedan tener relación, no solo directa, sino también indirecta, con el ámbito profesional: no es consumidor la persona cuando adquiere bienes o servicios en su ámbito profesional pero solo para utilizarlos indirectamente en el ámbito productivo. Quedan pues, fuera del ámbito de aplicación de la ley, y en consecuencia no se les considera consumidores o usuarios, a las personas jurídicas con ánimo de lucro ni a los profesionales autónomos, constando dicha condición de empresa en el contrato de adquisición del bien o servicio (art. 3, que no admite al consumidor mixto).

Por lo que a la Directiva 2011/83 se refiere, la misma define al consumidor como «*toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*» (art. 2.1); y al comerciante (no habla de empresario o profesional) como *toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva*» (art. 2.2).

Obsérvese que del concepto dado del consumidor se suprime toda referencia a las personas jurídicas. A este respecto señala MARCOS FRANCISCO D.

(2012, 1324), que en un principio podría pensarse que, como el concepto de consumidor dado por el legislador español es más amplio que el de la Directiva 2011, al abarcar a las personas jurídicas que actúan en un ámbito ajeno al profesional o comercial, los consumidores españoles podrían verse perjudicados en el sentido de que, para su transposición, sería necesario, siguiendo la línea unificadora, descartar a las personas jurídicas como posibles consumidoras.

Esta cuestión que se plantea aparece solucionada en el Considerando 13 de la citada Directiva 2011, pues señala que «*la aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión. De este modo, un Estado miembro podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma respecto de contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas».*

En consecuencia, de lo dispuesto en la Directiva 2011/83, la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU, modifica y amplía el concepto de consumidor, pues se considera como tal a «*(...) las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*(...) toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión

## 2. AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL DE LAS CLÁUSULAS

El artículo 10 bis 1 LCU establecía como presupuesto para someter a control una cláusula y poder calificarla de abusiva, la exigencia de que no hubiera existido una negociación individual del contenido contractual<sup>23</sup>. Esta ausencia de negociación debe entenderse como equivalente a predisposición y a imposición<sup>24</sup>, es decir, que las cláusulas hayan sido redactadas previa y unilateralmente por una sola de las partes (el predisponente), sin que en la elaboración de su contenido haya podido intervenir, ni directa ni indirectamente, la otra parte (el consumidor) unilateralidad o predisposición que debe darse no solamente en el momento anterior a la celebración del contrato, sino que debe persistir hasta que

el contrato se perfeccione. Pero el artículo citado no daba una definición de lo que debía entenderse por cláusulas «no negociadas individualmente». Tampoco lo hace la Ley de 2006, sino que de forma implícita inserta la expresión en el artículo 4, párrafo 1.º, al considerar cláusulas abusivas todas las estipulaciones no negociadas individualmente, añadiendo, a la regulación anterior, «y *todas aquellas prácticas no consentidas expresamente*»<sup>25</sup>, ni la Ley de 2007: esta se limita a establecer únicamente, los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente: artículo 80: «*1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido (...). c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas (...).*

En consecuencia, ante la falta de definición de lo que debe entenderse por ausencia de negociación individual, debemos acudir a la que se contiene en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13, el cual dispone que «*Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*». De este precepto se deduce que son dos los presupuestos que deben darse para considerar que una cláusula no ha sido objeto de negociación individual. Por una parte, es preciso que la cláusula haya sido predisposta con anterioridad a la fase de celebración del contrato; por otra, es necesario que el consumidor, ante una cláusula predisposta, no haya podido ejercer ninguna influencia sobre su contenido.

En todo caso, el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba (art. 82.2. párr. 1.º TRLCU en los mismos términos que lo establecido en el art. 3.2.3 Directiva 93/13)<sup>26</sup>.

La cuestión que se plantea es cuándo debe entenderse que el consumidor ha podido influir sobre el contenido del clausulado. A este respecto pueden señalarse dos momentos: uno, cuando el texto de la cláusula se redacte con la colaboración del consumidor, y otro, cuando la cláusula ha sido redactada por el profesional y posteriormente se somete a discusión con el consumidor y se negocia.

En el primer caso, al haber establecido el profesional o predisponente con el consumidor el contenido de las cláusulas, estas no se someterán a control

sobre su posible abusividad, puesto que se entiende que han sido fruto de una voluntad común de ambas partes, no existiendo imposición del contenido contractual por parte del profesional<sup>27</sup>.

En el segundo caso, cuando el predisponente permite al consumidor entrar en una negociación, debe tenerse en cuenta que el artículo 3.2 de la Directiva habla de «posibilidad» para el consumidor de influir sobre el contenido de la cláusula, lo que parece que, en principio, puede entenderse como posibilidad de modificación de la cláusula. Pero como la norma solo se refiere a «posibilidad» y no a la circunstancia de que tal influencia haya sido materialmente ejercitada, el problema será establecer si se podrá considerar negociada solamente aquella cláusula que aparezca modificada o, por el contrario, la cláusula que, si bien no ha sido objeto de modificación, sí se ha discutido.

Algunos autores sostienen que una cláusula solo se considerará negociada cuando haya sufrido modificaciones respecto del texto redactado por el predisponente, debiendo ser tales modificaciones sustanciales. Consideran que no basta con que el consumidor haya podido intervenir en la determinación del contenido de la cláusula, sino que es necesario que esa intervención se traduzca en una modificación y no se quede solo en una mera discusión, pues en este caso la imposición por parte del predisponente continuaría existiendo.

Sin embargo, otro sector doctrinal entiende, en nuestra opinión, de forma correcta, que no es necesario que la cláusula haya sido modificada respecto al texto originario prerrredactado, puesto que lo importante es que se haya atribuido al consumidor un poder real de negociación o discusión, es decir, que el consumidor tenga una posibilidad real de modificación de la cláusula, aunque la misma no llegue a producirse<sup>28</sup>. La posibilidad para el consumidor de influir sobre el contenido de la cláusula debe entenderse como la posibilidad real, concreta y efectiva, que el predisponente ha dado al consumidor de poder incidir sobre el contenido del contrato. Por tanto no basta con que el profesional se limite a garantizar o a facilitar al consumidor una simple información sobre el contenido del contrato prerrredactado por aquel, sin permitir una discusión real de cada una de las cláusulas. Excepcionalmente podrá darse el caso de que, una vez conocidas y discutidas por el consumidor las cláusulas, este haya renunciado a toda modificación declarando su conformidad con el texto pre-dispuesto y, como ya hemos dicho, la carga de la prueba de que una cláusula se ha negociado corresponde al profesional, prueba de la negociación que será más fácil en función del resultado, es decir, de si hubo o no modificación de las cláusulas predispuestas, si bien será una prueba que habrá de valorar el juez.

Por otra parte, puede ocurrir que solo alguna de las cláusulas haya sido objeto de negociación individual, surgiendo la cuestión de qué sucede con las otras. Dicho de otro modo, debe determinarse si la ausencia de negociación debe referirse a cada una de las cláusulas individualmente consideradas, o si es suficiente con que la negociación se haya llevado a cabo sobre el contrato en

su totalidad, o sobre partes del mismo, para excluir la aplicación del artículo 82 TRLCU respecto a todas las cláusulas del contrato. La respuesta viene dada en el párrafo segundo del citado artículo 82, que, al igual que el artículo 3.2 de la Directiva, señala que *«el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato»*. Del precepto se deduce que es irrelevante la negociación parcial de algunas de las cláusulas a los efectos de la aplicación del control de contenido al resto del contrato.

Por último, en lo que concierne a la negociación individual, queda por plantearse si la tutela dispensada al consumidor frente a las cláusulas abusivas, debe extenderse a aquellos supuestos en los que el contrato ha sido redactado por un tercero y ha sido impuesto al consumidor a iniciativa del profesional. En este caso, para que pueda considerarse que no ha existido negociación individual y puedan someterse las cláusulas al control de contenido, es indispensable que la iniciativa para imponer al consumidor el clausulado del contrato redactado por un tercero sea exclusivamente del profesional. Por el contrario, se considera que ha existido negociación cuando el consumidor lo consiente o si es este el que lo propone, porque entonces, la concreta posibilidad para el consumidor de influir sobre el contenido de la cláusula va implícito en la libre elección del consumidor de adoptar un texto que no le es impuesto por el profesional.

### 3. BUENA FE Y JUSTO EQUILIBRIO EN LAS CONTRAPRESTACIONES

El legislador establece como requisito para que una cláusula impuesta por el profesional al consumidor pueda ser declarada abusiva, que sea contraria a la buena fe y que produzca un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes. Algunos autores han señalado que no se trata del acogimiento legal de dos principios, el de buena fe y el de justo equilibrio de las prestaciones, sino solo del primero, puesto que la referencia al desequilibrio importante es el dato revelador de la posible infracción a la confianza y buena fe<sup>29</sup>. Es decir, el justo equilibrio se tiene en cuenta por el legislador no con propia autonomía frente a la buena fe, sino como presunción de una contravención de la misma. El sentido que se le da a estos principios va a ser decisivo para determinar cómo se realiza y qué alcance puede tener el control sobre el contenido de las cláusulas.

Por lo que se refiere al primer requisito mencionado, la Directiva 93/13 señala que *«en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor (pudiendo) los profesionales cumplir la exigencia de buena fe*

*tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta»* (Considerando 16).

La interpretación que del requisito de la buena fe debe hacerse no es la de considerarla en sentido subjetivo, es decir, no puede entenderse que la cláusula será abusiva aunque el predisponente ignorase tal abusividad<sup>30</sup>. Por el contrario, debe entenderse en sentido objetivo, esto es, como un criterio valorativo de las obligaciones de cada parte en el que hay que tener en cuenta no solo la honradez subjetiva de la persona, sino principalmente las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico<sup>31</sup> (así lo dice la Ley de 2006, art. 4.2 y la Ley de 2007, art. 83.2), pues como señala LLAMAS POMBO, E. (2005, 308), la buena fe adquiere un valor que trasciende a los meros intereses individuales de un contratante y presenta un auténtico perfil institucional, en la medida en que se proyecta sobre todo un grupo de actuales o potenciales consumidores, unidos por un vínculo de solidaridad. Se trata de la buena fe del artículo 1258 del Código Civil pero trasladada del momento de la interpretación y ejecución del contrato, al momento previo de su perfección. Por tanto, la cláusula es abusiva solo cuando determina un desequilibrio que sea contrario a la buena fe, pues si no vulnerase tal principio, podría no considerarse abusiva<sup>32</sup>.

El deber de tratar al consumidor de manera leal y equitativa se puede descomponer, según señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2011, 958), atendiendo a la distinta naturaleza de los elementos que integran la propuesta contractual, distinguiendo entre elementos esenciales que necesariamente han de proyectarse sobre el desenvolvimiento de la vida contractual, y elementos complementarios o accesorios de carácter eventual o contingente. Según esta autora, para los primeros, la buena fe exige la presentación completa y transparente, de modo que el consumidor pueda decidir con pleno conocimiento de causa el objeto y la adecuación económica.

En cuanto al «desequilibrio», del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 se deduce que el desequilibrio relevante para considerar una cláusula como abusiva es de tipo normativo y no económico<sup>33</sup>, pues dicho precepto establece que «*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá 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*». En consecuencia, el justo equilibrio hay que entenderlo de forma amplia, en el sentido de que ha de extenderse a todo el contrato y no únicamente a las prestaciones objeto del mismo, y, además, exige ponderar la medida en que tales derechos y obligaciones se ajustan a los intereses de uno y otro contratante, a fin de expulsar de la reglamentación negocial el clausulado que aleja de modo importante al consumidor del objetivo buscado al contratar<sup>34</sup>.

La falta de inclusión en la legislación española de la regla a la que acabamos de referirnos, contenida en el artículo 4.2 de la Directiva, ha dado lugar

al pronunciamiento del TJUE, que mediante sentencia de 3 de junio de 2010<sup>35</sup>, en la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, considera que «*se trata de una norma de mínimos que no puede impedir a los Estados miembros que adopten en el ámbito regulado por la Directiva normas más estrictas, siempre que pretendan garantizar un mayor nivel de protección. La falta de la inclusión en la legislación española de la regla consagrada en el artículo 4.2 de la Directiva implica la extensión del control judicial también sobre las cláusulas referidas al objeto del contrato, siempre que se hayan redactado de manera clara y comprensible, independientemente de si se han redactado de forma unívoca o no. En consecuencia, un órgano judicial nacional puede extender el control de abusividad también sobre las cláusulas no negociadas individualmente que se refieran al objeto del contrato*

Critica CARRASCO PERERA, A. (2012, 94) esta sentencia al entender que es extraño que esta cuestión interpretativa sobre el alcance de la Directiva se haya convertido en motivo para su modificación, ya que, en su opinión, es muy probable que si un Estado miembro adopta esta interpretación extensiva respecto del alcance del control de abusividad lo haga por medio de su jurisprudencia y no mediante una previsión legal expresa.

Sobre la naturaleza del desequilibrio ya hemos señalado que tanto el legislador comunitario, como el legislador nacional, exigen que sea «importante». En relación con este requisito se ha pronunciado recientemente el TJUE. La Sentencia de 16 de enero de 2014<sup>36</sup>, resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Oviedo. Ante un litigio entre una empresa constructora y un consumidor, sobre el reembolso de ciertas cantidades pagadas por este último en ejecución de un contrato de compraventa (en concreto, la empresa establecía una cláusula en la que se decía que el comprador tendrá que pagar el impuesto de plusvalía), la AP plantea si «ante una cláusula contractual por la que se repercute al consumidor el pago de una cantidad cuyo abono corresponde por ley al profesional, ¿el desequilibrio debe interpretarse en el sentido de que se produce por el solo hecho de repercutir al consumidor una obligación de pago que corresponde por ley al profesional?, o el hecho de que la Directiva 93/13 exija que el desequilibrio sea importante ¿supone que se requiere, además, una repercusión económica significativa para el consumidor en relación con el importe total de la operación?».

Ante estas cuestiones el TJUE declara lo siguiente: «(...). *La existencia de un “desequilibrio importante” no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según*

*esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales»<sup>37</sup>.*

Resulta llamativo, como ha señalado MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013, 37 y 42), que el Tribunal acuda a un nuevo parámetro para medir el desequilibrio, al que él denomina «voluntad virtual» del consumidor, es decir, debe valorarse si el consumidor hubiera aceptado esa cláusula de haber habido una negociación individual entre ambas partes, y analizarse si el empresario podía haber advertido esa circunstancia, de haber tratado de manera leal y equitativa al consumidor. En su opinión se trata de un parámetro subjetivo difícil de constatar y acreditar y que no sirve para determinar el carácter abusivo de una cláusula.

Pero además de la buena fe y el desequilibrio, en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula deben tenerse en cuenta otros criterios, que cumplen una función integradora o delimitadora, y que se hallan enunciados en propio artículo 82.3 TRLCU. Son tres, y conforme a ellos el carácter abusivo de una cláusula debe valorarse: 1.<sup>º</sup> «teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato»; 2.<sup>º</sup> «considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración»; 3.<sup>º</sup> «así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa». Esto significa que la valoración de una cláusula para comprobar que es contraria a la buena fe, al producir un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, es global, es decir, implica una labor interpretativa de todo el contrato, de todas las cláusulas que forman parte del contenido contractual, junto con la del contexto en que se ha realizado el contrato<sup>38</sup>.

Lo dispuesto en el precepto citado (art. 83) reproduce el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 y manifiesta la relatividad del concepto de cláusula abusiva, afirmación que no solo ha de tenerse en cuenta para enjuiciar la contravención con la norma general del artículo 82.1 TRLCU, sino también a la hora de aplicar muchas de las cláusulas contempladas como abusivas en los artículos 85 a 90 del mismo texto legal, por la reiterada utilización de términos cuya valoración requiere atender a las circunstancias concurrentes.

Por todo lo expuesto podemos afirmar que el criterio determinante para llevar a cabo el control de contenido radica en el principio de la buena fe, que se refleja en el carácter equilibrado del contenido de regulación jurídica incorporado por las cláusulas predispuestas, de modo que no superarán el control de contenido, por abusivas en cuanto desequilibradas, aquellas cláusulas predispuestas e impuestas que regulen los derechos y obligaciones de las partes de un modo desequilibrado, contra las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor. La columna vertebral de la cláusula general de control de contenido radica, pues, en la idea de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, que ha de ser apreciado conforme a las pautas de la buena fe. Pero además, la exigencia de buena fe expresa asimismo el deber de

transparencia reforzado que soporta el predisponente cuando pretende que las cláusulas predispostas irrumpan en el ámbito de los elementos esenciales del contrato y repercutan sobre el equilibrio de las prestaciones pactadas, afectando a cuestiones respecto de las que las partes han alcanzado acuerdos o respecto de las cuales el consumidor se ha creado expectativas legítimas y razonables en función de las circunstancias, que no pueden verse lícitamente menoscabadas o defraudadas en virtud de cláusulas camufladas entre las cláusulas predispostas.

## V. CONSECUENCIAS NEGOCIALES DEL CONTROL DE CONTENIDO

Una vez realizado el control de contenido sobre una o varias cláusulas del contrato, si se aprecia su carácter abusivo, debe determinarse una sanción. A este respecto, la Directiva 93/13, en el artículo 6.1, establece cuáles son los efectos de la declaración de abusividad, disponiendo que «*Los Estados miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional, y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*». De lo dispuesto en este precepto se deriva que la sanción que la Directiva 93/13 establece cuando se aprecia el carácter abusivo de una cláusula es la nulidad parcial del contrato, es decir, excluir la cláusula abusiva del contenido contractual, manteniendo la validez del contrato, siempre que este pueda existir sin las cláusulas que se declaren abusivas.

La solución adoptada por la mencionada Directiva parece acertada, aunque se la podría reprochar el hecho de no haber previsto los medios para colmar las lagunas contractuales causadas por la desaparición de las cláusulas declaradas abusivas en el contrato. El silencio del legislador comunitario se ha interpretado en el sentido de que sean los Estados miembros los que procuren, con arreglo a sus propias disposiciones generales de integración contractual, la recomposición del contenido contractual, tras la eliminación de las cláusulas consideradas abusivas<sup>39</sup>.

La nulidad es una nulidad de pleno derecho<sup>40</sup>. Así se establecía en la LCU (art. 10 bis.2), y se mantuvo intacta en la Ley de 2006, que daba una nueva redacción al artículo 10 bis.2. Del mismo modo, la sanción se mantenía en el artículo 83 TRLCU, según el cual:

- «1. *Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.*
2. *La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.*

*A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineeficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.*

*Solo 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 ineeficacia del contrato».*

La nulidad de pleno derecho implica que las cláusulas nulas desaparecen del contrato pero se mantienen las condiciones subsistentes, a menos que estas determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, en cuyo caso se declarará la ineeficacia del contrato<sup>41</sup>. Se establece, por tanto, la nulidad parcial del contrato, entendida como una nulidad parcial con sustitución imperativa o nulidad parcial coactiva, y no como nulidad parcial en atención a la voluntad de las partes<sup>42</sup>. Como dijera DE CASTRO (1985, 494), las ventajas establecidas imperativamente en beneficio de las personas socialmente más débiles quedarían muertas si, con la imposición de una cláusula o condición ilícita, se pudiera reservar la parte más fuerte la posibilidad de terminar, cuando quisiera, la relación contractual. En este sentido, como ha destacado la doctrina, el favor de la nulidad parcial prescinde de la voluntad del predisponente, como nulidad parcial coactiva, intentando salvar lo mínimo de la común intención —celebrar el contrato— excluyendo la regla abusiva por razón de su contenido o por falta de transparencia<sup>43</sup>; incluso, *in extremis*, en el caso de cláusulas de pura arbitrariedad del predisponente, de modo que se le imponga una vinculación que, como la propia cláusula refleja, en realidad nunca quiso<sup>44</sup>.

La razón por la cual la ley ordena el mantenimiento de la validez del resto del contrato cuando alguna o algunas cláusulas son nulas, es con el fin de proteger, de modo eficaz, al consumidor, evitando las consecuencias negativas que la nulidad del contrato entero tendría para él, al verse obligado a elegir entre soportar las cláusulas abusivas o verse privado del bien o servicio como consecuencia de la ineeficacia contractual. En palabras de LASARTE (2014, 130), la parte válida o útil del contrato no debe verse viciada por la abusiva. Con ello se introduce una regla de favor para el consumidor, ya que se le permite atenerse a un contenido negocial más ventajoso, globalmente considerado, que el que suscribió en un primer momento, una vez que se han eliminado las cláusulas que otorgaban primacía al interés del profesional en detrimento del consumidor, y correlativamente se impide a aquel esgrimir el desequilibrio sobrevenido como consecuencia de la eliminación de las cláusulas abusivas al objeto de modificar o poner fin al contrato celebrado con el consumidor<sup>45</sup>.

El problema que plantea la nulidad parcial del contrato es la forma en que pueden cubrirse las lagunas que dicha nulidad produce. A diferencia de lo que sucedía en el anterior artículo 10.4 LCU y del silencio de la Directiva 93/13,

el artículo 10 bis.2 LCU modificado por la Ley 2006 sí regulaba el modo de cubrir dichas lagunas contractuales, pues establecía que «*la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 CC*». El artículo 83 TRLCU, en su redacción originaria, también establecía la forma de integrar el contrato (párrafo 2.º), si bien se añadía que la integración se haría, además, «*con arreglo al principio de buena fe objetiva*»<sup>46</sup>. Se establecía igualmente que el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineffectividad en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario<sup>47</sup>.

Más llama la atención que la nueva redacción dada a este precepto por la Ley de 2014 omita la referencia a la integración del contrato. El artículo 83 modificado sigue manteniendo la misma consecuencia negocial: la nulidad de pleno derecho, pero se suprime la facultad del juez de integración e incluye la audiencia de las partes, de tal manera que el juez ya no tendrá que plantearse cuál sería la voluntad hipotética de las partes. El citado precepto establece que «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*

. La razón del cambio se encuentra en la Exposición de Motivos de la Ley que declara que esta redacción procura una correcta transposición del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, conforme a la interpretación mantenida por el TJUE.

Esta supresión de la integración obedece a las consideraciones realizadas por el TJUE, el cual, en la ya citada Sentencia de 14 de junio de 2012, entiende que el Estado español no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6.1 de la Directiva 93/13. En concreto, el Tribunal estima que se ha producido un incumplimiento relativo a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que «*dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, ya que contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos 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 los empresarios*

. No obstante, a pesar de haber suprimido esta referencia, entendemos que las lagunas se colmarán de idéntica manera. Lo que se prohíbe es la facultad de integrar

el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, es decir, sustituir una cláusula abusiva por otra que no lo sea<sup>48</sup>. Lo que parece es que no se permite la reducción de la propia cláusula que preserve la validez o, lo que es lo mismo, la reducción conservadora que se enmarca dentro de la interpretación integradora en cuanto que construye un contenido contractual a partir de la «voluntad» presunta de las partes y a la vista de lo que habían convenido<sup>49</sup>. Si se le reconoce al juez nacional tal facultad *«no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas»*.

Como se observa de la lectura del artículo 83 TRLCU, el contrato seguirá siendo obligatorio siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Ahora bien, en el caso de que no sea posible mantener el contrato sin las cláusulas declaradas abusivas, ¿procederá la ineficacia del contrato mismo, es decir, la nulidad total? Ante el silencio que guarda el artículo citado, si se entiende que sí (como establecía el artículo 10 bis.2 LCU al disponer que *«solo 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»*) puede pensarse que esta solución no responde al fin de protección del consumidor que la legislación persigue<sup>50</sup>. Tal vez por eso se ha omitido, de forma consciente, en la nueva redacción del artículo 83, puesto que ello daría lugar a las graves consecuencias que con tal solución puede provocar, puesto que puede llevar a una utilización fraudulenta de las normas por parte del predisponente.

En todo caso, si la consecuencia es la nulidad total del contrato, a pesar de que el artículo 83 TRLCU no haga referencia al perjuicio que ello causaría al consumidor, como sí hacía el 10 bis.2 LCU, que atribuía al juez facultades moderadoras en estos supuestos, entendemos que igualmente aquel podrá determinar la indemnización que corresponda al consumidor como resarcimiento de los daños y perjuicios que le ocasione la ineficacia total del contrato. Esta indemnización no tiene su fundamento en la culpa *in contrahendo* del profesional, sino, como se ha señalado, en la idea de que corresponde a este soportar el riesgo derivado de la utilización de cláusulas prerrredactadas, y como consecuencia de esto, la obligación de resarcir los daños derivados de la extinción del contrato cuando esta obedezca a la ineficacia de todas o algunas cláusulas predispuestas del contrato<sup>51</sup>.

¿En qué consiste tal indemnización? Lo que debe entenderse sin ninguna duda es que lo que se le debe indemnizar al consumidor es el perjuicio que ha sufrido en relación con su interés contractual negocial, es decir, el perjuicio que ha sufrido al verse en la misma situación patrimonial en la que estaría si no se hubiese decidido a realizar ese contrato concreto, que al final quedó frustrado. De esta forma, el profesional deberá indemnizar los gastos de preparación del contrato, así como la pérdida de otras ofertas del mercado, debiendo compensar al consumidor por los daños patrimoniales debidos a la no disponibilidad del

producto o servicio durante el tiempo transcurrido desde la fecha prevista para el cumplimiento del contrato<sup>52</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

I. El acervo legislativo español sobre protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas es numeroso. Tras la promulgación de la LCU, de 26 de julio de 1984, en la que se impone un control sobre el contenido de las cláusulas contractuales abusivas, se aprueba la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, la cual contiene la definición de las cláusulas abusivas y los requisitos que deben darse para que una cláusula que ha sido predisposta por el empresario, y que no ha sido objeto de negociación individual, pueda tener tal consideración (control específico sobre el contenido del clausulado contractual), así como la sanción que debe aplicarse a un contrato que contenga cláusulas de esta naturaleza, estableciéndose, además, una lista de cláusulas abusivas.

II. La adaptación de la mencionada Directiva a nuestro ordenamiento se realizó mediante la LCGC promulgando por separado y en paralelo, una ley sobre condiciones generales, aplicable con independencia de que el adherente responda o no a la caracterización legal de consumidor, pero siempre que contrate con un empresario o profesional, y de una amplia modificación de la LCU, aplicable a las condiciones generales en sentido estricto y a las cláusulas predispostas individuales (contratos de adhesión), pero siempre que el adherente pueda ser considerado consumidor. Tras ella se sucedieron sendas reformas relativas al concepto de cláusulas abusivas, a la inclusión de una lista sobre cláusulas abusivas, al control de contenido, a la sanción que se impone y al concepto de consumidor:

- Ley 39/2002, de 28 de octubre, *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*.
- Ley 44/ 2006, de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*,
- 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*
- Y, por último, la más reciente modificación es la contenida en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el Texto Refundido de la LCU y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, a fin de transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE.

III. En Derecho comparado el control de contenido se encuentra regulado, bien mediante la creación de códigos de consumo, bien mediante su inclusión en el Código Civil. En todos ellos se da una definición de consumidor, de cláusulas abusivas, contienen una lista, disponen los parámetros para realizar el control específico sobre el contenido del clausulado contractual y establecen la sanción. Así, en Alemania, se regula en los párrafos 307 y sigs. BGB; en el ordenamiento jurídico italiano se creó el Codice del consumo, regulándose la materia en los artículos 33 a 38; este sistema de creación de un Código de consumo también es el adoptado en derecho francés, cuyo Code de la consommation se ocupa de las cláusulas abusivas en los artículos L 131-1 a 134-1 y R 132-1 y 132-2. Por último, en Derecho inglés, el control se regula en la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation* de 1994.

IV. El concepto de cláusulas abusivas y la lista de las mismas, contenida en la LCU, tras las sucesivas reformas legislativas, se define ahora en el artículo 82 TRLCU, guardando bastante similitud con el concepto dado por la Directiva 93/13 en su artículo 3.1, conteniendo la lista de cláusulas abusivas en los artículos 85 a 90. Siguiendo fielmente a la Directiva, el concepto de cláusula abusiva se establece en la UTCcR 4 (1), en el artículo 132-1 Code de la consommation; en el párrafo 307 BGB y en el artículo 33 Codice del consumo. Lo que varía es la lista, apreciándose diferencias entre ellas, pues en unos casos se considera como gris y en otra como negra.

V. Por lo que se refiere al control de contenido, el primer requisito exigido para declarar una cláusula abusiva es que el contrato se haya celebrado entre un profesional y un consumidor, entendiendo por consumidores, en consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2011/83, las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, añadiendo que también lo son las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (art. 3 TRLCU). El concepto es más amplio que el dado por la Directiva 93/13, que solo alude, de forma más restrictiva, a la persona física.

VI. El segundo requisito para medir la abusividad es que no haya existido negociación individual sobre el contenido contractual, falta de negociación que debe entenderse como equivalente a predisposición e imposición. La legislación española no ha dado nunca una definición de «cláusulas no negociadas individualmente», ni tampoco los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, manejándose el concepto dado por la Directiva 93/13 (art. 3.2), según el cual tal consideración se hará cuando la cláusula haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido. Se entenderá que ha habido negociación cuando el texto de la cláusula se redacte con la colaboración del consumidor, y cuando la cláusula ha sido redactada por el profesional y se somete posteriormente a discusión con el consumidor y se negocia. En nuestra

opinión, no es necesario que la cláusula haya sido modificada respecto del texto redactado por el predisponente. La carga de la prueba de que una cláusula se ha negociado recae sobre el empresario (art. 82.2.1.<sup>º</sup> TRLCU).

VII. En tercer lugar, se exige que la cláusula sea contraria a la buena fe y que produzca un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes. No se trata del acogimiento legal de dos principios, sino solo del primero: la referencia al desequilibrio importante es el dato que revela la posible infracción de la buena fe, la cual debe entenderse en sentido objetivo. Esta misma interpretación se ha dado en el BGB, en el Codice del consumo y en la UTCcR. Sin embargo es llamativa la omisión de esta referencia a la buena fe en el Code de la consommation. Respecto al desequilibrio o justo equilibrio hay que entenderlo en sentido amplio, debiendo extenderse a todo el contrato y no únicamente a las prestaciones del mismo.

VIII. Las cláusulas que se consideren abusivas no vinculan al consumidor, si bien el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas (cfr. art. 6.1 Directiva 93/13), con el fin de proteger de modo eficaz al consumidor, evitando las consecuencias negativas de la nulidad de todo el contrato. Se establece, por tanto, una nulidad parcial del contrato, tratándose de una nulidad de pleno derecho, si bien sin posibilidad de que el juez pueda integrar la parte afectada por la nulidad (art. 83 TRLCU).

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, A. (2012). *Derecho de consumo. Análisis jurídico privado de la LGDCU de 2007*, Madrid.
- ADOMEIT, K. (2005). *BGB-Bürgerliches Gesetzbuch, Eine Orientierungshilfe für Neugierige, Erstaunte, Verzweifelte und Frustrierte*, Berlin.
- ALBIEZ DOHRMAN, K. J. (2013). Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control. En: Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2.<sup>a</sup> ed, Navarra.
- ALFARO ÁGUILA REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid.
- (2000). El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisuestas. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1.
- ALPA, G. (1993). Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. *Corriere giuridico*, 642.
- ARROYO MARTÍNEZ, J. (1999). Comentario al artículo 1.2. En: Arroyo y Miquel (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid.
- AVILÉS GARCÍA, J. (1998). Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648.
- BARENGHI, A. (1996). *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Milán.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987). La defensa contractual del consumidor o usuario. En: La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid.
- (1999). Comentario a la DA 1.<sup>a</sup>. Tres: Artículo 10 bis.1. En: Bercovitz R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2008). La experiencia del arbitraje de consumo. En: Tomillo Urbina, J. y Álvarez Rubio, J. (coords), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Navarra.
- BIAZZI (1994). Condizioni generali di contratto e buona fede. En: E. Cesáro (dir.), *Clausole abusive e Direttiva comunitaria*, Milán.
- BLANDINO GARRIDO, M. A. (2011). La ineeficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato. En: Albiez Dohrmann (dir.), Palazón Garrido y Méndez Serrano (coords.), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Barcelona.
- BOSCH CAPDEVILA, E., y GIMÉNEZ COSTA, A. (2005). Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692.
- CABELLO DE LOS COBOS, L. M. (1998). La Ley de condiciones generales de la contratación y la desjudicialización del tráfico jurídico. *Revista del Poder Judicial*, núm. 49.
- CABRILLAC, R. (2013). Les clauses abusives appréhendées par le droit civil français. En: Picod, Mazeaud y Lauroba (dirs.), *Droit comparé et européen*, vol. 13.
- CALAIS-AULOY, J. (2006). Le devoir de se comporter de bonne foi dans les contrats de consommation. En: *General Clauses and Standards in European Contract Law*, La Haya.
- CALVO, R. (2005). Equilibrio normativo del contratto non negoziato e funzione ordinatrice del diritto dispositivo. En: Galgano (dir.), *Trattato di Diritto commerciale*, vol. 34, Padova.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320.
- CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente (Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas)*, Barcelona.
- CARRASCO PERERA, A. (2007). Invalides e ineeficacia en los contratos con consumidores. En: Delgado Echeverría (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Navarra.
- (2008). Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición, *Aranzadi civil*, núm. 5.
- (2010). *Derecho de contratos*, Navarra.
- (2012). Un mapa de situación: Directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de «derechos» de los consumidores. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (2008). El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2008, 16.

- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1992). Comentario al artículo 10.4. En: Bercovitz R. y Salas (dirs.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid.
- (2014). La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2.
- DE CASTRO (1971). *El negocio jurídico*, 1971, reimpr, Civitas, Madrid, 1985.
- DE NOVA, G. (1994). Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive. *Rivista Trimestrale de Diritto e de la Procedura Civile*, núm. 3.
- DÍAZ ALABART, S. (1992). Comentario al artículo 10.1.c. En: Bercovitz R. y Salas J. (dirs.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid.
- (2000). *Pacta sunt Servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos. En: Nieto Carol (dir.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid.
- DÍAZ ALABART, S., ÁLVAREZ MORENO, M. T. y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D. (2014). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLC)*, S. Díaz Alabart (dir.), M. T. Álvarez Moreno (coord.), Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2002). En: Menéndez Menéndez y Díez-Picazo (dirs.), Alfaro Águila-Real (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013). La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5.
- DURÁN RIVACOBA, R. (2008). Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706.
- EBERS, M. (2007). La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della Direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione. En: Galgano e Bin (dirs.), *Contratto e impresa/Europa*, Padova.
- EMPARANZA SOBEJANO, A. (1994). La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 213.
- GETE-ALONSO, M. A., y NAVAS NAVARRO, S. (1999). Comentario a la DA 1.<sup>a</sup>, 3 c). En: Arroyo Martínez y Miquel Rodríguez (coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid.
- GHESTIN, J., et MARCHESSAUX-VAN MELLE (1995). L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1 février 1995. *Semaine Juridique*, núm. 25, I, 3854.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (1998). La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1999). Comentario a la DA 1.<sup>a</sup>.2: artículo 10.1 a) y b). En: Bercovitz R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra.
- (2011). Comentario al artículo 82. En: Bercovitz R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra.

- (2013). Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas (Abusa, que algo (ya) no queda). Sentencia de 12 de junio de 2012. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91.
- GRAZIUSO, E. (2010). *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano.
- JANSEN, N. (2012). Cláusulas abusivas no negociadas individualmente. En: Cámara Lapuente (dir.), Arroyo Amayuelas (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores* (Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2008), Navarra.
- KOLKMANN, S. (2007). Unfair Contract Terms in Inghilterra. En: Alpa y Patti (dirs.), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, t II, Milano.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980). Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. *Revista de Derecho Privado*, núm. 64.
- (2014). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid.
- LAWSON, R. (2005). *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 8.<sup>a</sup> ed., Londres.
- LENER, R. (1996). La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori. *Foro italiano*, núm. 4.
- LLAMAS POMBO, E. (2005). Comentario al artículo 10 bis. En: Llamas Pombo (coord.), *La Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid.
- LLEBARÍA SAMPER, S. (2000). *El control judicial de las cláusulas abusivas*, Barcelona.
- LOWWE, R. and WOODROFPE, G. (1999). *Consumer Law and Practice*, 5.<sup>a</sup> ed., Londres.
- MARCOS FRANCISCO, D. (2012). Hacia un Derecho de consumo uniforme en la Unión Europea. *Actualidad Civil*, núm. 12, vol. 1.
- MARCOS GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> (2011). *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Navarra.
- MARÍN LÓPEZ, J. J. (2000). El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. En: Nieto Carol (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013). La «voluntad virtual» del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5.
- MARTÍN PÉREZ, J. A. (2012). Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En: Sánchez Barrios (dir.), *Estudios sobre consumo*, Valencia.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2014). Concepto de «desequilibrio importante» del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9.
- MAZEAUD, D. (1995). La loi du 1 février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette?. *Droit et Patrimoine*, núm. 45.
- MAZEAUD, D., et SAUPHANOR-BROUILLARD, N. (2012). Unfair Contract Terms. En: R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law*, Londres.

- MAZZAMUTO, S. (2011). La nuova Direttiva sui diritti del consumatore. *Europa e diritto privato*, núm. 1.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2002). Comentario a la DA 1.<sup>a</sup> 3. artículo 10 bis 1. En: Menéndez Menéndez y Díez-Picazo (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2011). Comentario al artículo 82. En: Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid.
- MÖSLEIN, F. (2012). Kontrolle vorformulierter Vertragsklausen. En: M. Schmidt-Kessel (ed.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht*, Berlin.
- NASALL, W. (2010). Allgemeine Geschäftsbedingungen. En: *Zivilrecht unter europäischen einfluss*, 2.<sup>a</sup> ed., Düsseldorf.
- ORLANDO, S. (2011). The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice. *European Review of Contract Law*, núm. 1.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (1998). La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. *Revista Española de Seguros*, núm. 95.
- (1998). *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid.
- (1999). Los contratos celebrados con consumidores mediante cláusulas predisadas e impuestas: la nueva redacción de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En: Botana y Ruiz Muñoz (coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid.
- (2011). Condiciones generales y cláusulas abusivas. En: Rebolledo Puig e Izquierdo Carrasco (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid.
- PAISANT, G. (1995). Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-95 du 1 février 1995. *Dalloz, Chronique*, 102.
- (2009). Le décret portant listes noire et gris de clauses abusives, *JCP G*, núm. 28.
- PARLODESI (1995). Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata. *Rivista Critica di Diritto Privato*, núm. 3.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1999). Comentario a la DA 1.<sup>a</sup> 3: artículo 10 bis.2. En: Bercovitz R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra.
- PERDICES HUETOS, A. B. (2002). Comentario al artículo 10.1. En: Menéndez y Menéndez y Díez-Picazo (dirs.), Alfaro Águila-Real (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2005). *El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas*, Barcelona.
- PICOD, Y., et DAVO, H. (2009). *Droit de la consommation*, 2.<sup>a</sup> ed., París.
- RAYMOND, G. (2011). *Droit de la Consommation*, 2.<sup>a</sup> ed., París.
- RICCI, F. (2012). I contratti del consumatore. En: Rossi Carleo (dir.), *Diritto dei consumi. Soggetti, contratti, remedi*, Turin.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1994). Notas sobre el concepto de contrato de adhesión. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 56.
- (1997). El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un anteproyecto y proyecto de ley). *Derecho de los Negocios*, núm. 86.
- RUIZ MUÑOZ, M. (1993). *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid.

- (1994). Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario. *Gaceta Jurídica de la CE*, 134, D 21.
- SAUPHANOR-BROUILAUD, N. (2009). Clauses abusives: les nouvelles clauses noires et grises. À propos du décret du 18 mars 2009. *JCP G*, núm. 14.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2013). Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2153.
- TERRÉ, LAQUETTE, SIMLER (2009). *Droit civil. Droit des obligations*, 8.<sup>a</sup> ed., París.
- TINTO V. (2011). Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. En: *Diritto del comercio internazionale*, Milano.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (1995). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 630.
- VILALTA MENADAS, S. (2007). Características básicas de la reforma introducida en materia de consumidores y usuarios en la Ley 44/2006, de 29 de octubre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Modificaciones legales en materia de cláusulas abusivas. *Práctica de tribunales. Revista de Derecho procesal, civil y mercantil*, núm. 38.
- WEATHERILL, S. (2012). The consumer rights Directive. *Common Market Law Review*, núm. 4.
- WHITTAKER, S. (1999). *Chity on Contracts*, 28.<sup>a</sup> ed., Londres.
- ZIMMERMANN, R. (2005). *The New German Law Obligations-Historial and Comparative Perspectives*, Oxford.

## VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJCE de 19 de enero de 1993 (Asunto C-89/91)
- STJCE de 3 de julio de 1997 (Asunto C-269/95)
- STJCE de 27 de junio de 2000 (Asuntos acumulados C-240 a 244/98)
- STJCE de 10 de mayo de 2001 (Asunto C-144/99)
- STJCE de 22 de noviembre de 2001 ((Asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99))
- STJCE de 24 de enero de 2002 (Asunto C-372/99)
- STJCE de 7 de mayo de 2002 (asunto C-478/99)
- STJCE de 1 de octubre de 2002 (Asunto C-167/00)
- STJCE de 21 de noviembre de 2002 (Asunto C-473/00)
- STJUE de 1 de abril de 2004 (Asunto C-237/02)
- STJCE de 9 de septiembre de 2004 (Asunto C-70/03)
- STJCE de 20 de enero de 2005 (Asunto C-464/01)
- STJCE de 26 de octubre de 2006 (Asunto C-168/05)
- STJCE de 4 de junio de 2009 (Asunto 243/08)
- STJCE de 6 de octubre de 2009 (Asunto C-40/08)
- STJUE de 3 de junio de 2010 (Asunto C-484/08)
- STJUE de 9 de noviembre de 2010 (Asunto C-137/08)
- STJUE de 15 de marzo de 2012 (Asunto C-453/10)

- STJUE de 26 de abril de 2012 (Asunto C-472/10)
- STJUE de 13 de junio de 2012 (Asunto C-542/10)
- STJUE de 14 de junio de 2012 (Asunto C-618/12)
- STJUE de 21 de febrero de 2013 (Asunto C-472/11)
- STJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11)
- STJUE de 21 de marzo de 2013 (Asunto C-92/11)
- STJUE de 30 de mayo de 2013 (Asunto C-488/11)
- STJUE de 16 de enero de 2014 (Asunto C-226/12)
- STJUE de 17 de julio de 2014 (Asunto C-169/14)
- STJUE de 18 de septiembre de 2014 (Asunto C-487/12)

## NOTAS

<sup>1</sup> En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987). La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, p. 192; ALFARO ÁGUILA REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid.

<sup>2</sup> A juicio de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (2014). La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 1, todo el acervo normativo sobre la protección al contratante débil en los contratos de adhesión no supone sino un empeoramiento caracterizado por grandes deficiencias técnicas, confusionismo conceptual, creación de figuras perturbadoras e innecesarias y falta de correspondencia entre lo proclamado por las normas y lo efectivamente provocado por ellas.

<sup>3</sup> Las referencias relativas al Derecho comparado, así como las relativas a algunas SSTJUE las realizaremos, por cuestiones de espacio, en nota al pie de página.

<sup>4</sup> Vid. ALBIEZ DOHRMAN, K. J. (2013). Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control. En: Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra, pp. 283 y sigs.

<sup>5</sup> En Derecho comparado la adaptación de la Directiva 93/13 se ha realizado, en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, a través de distintas fórmulas.

En Derecho alemán, la regulación de las condiciones generales de la contratación se contenía en el AGB-G, que entró en vigor el 1 de abril de 1977. La necesaria transposición de la Directiva 93/13, dio lugar a su modificación a través de la Ley de 25 de julio de 1997, insertando el párrafo 24 a), relativo a las cláusulas no negociadas individualmente. Con esta reforma se eleva la protección del consumidor que no ha podido influir sobre el contenido de las cláusulas contractuales predisueltas. Mediante la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (1 de enero de 2002) se integra el contenido material de la AGB-G en el BGB. El control de contenido se regula en los párrafos 307 y sigs. En ellos se establece una cláusula general, una lista de cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración y una lista de cláusulas prohibidas sin posibilidad de valoración.

En el ordenamiento jurídico italiano, la transposición de la Directiva 93/13 se llevó a cabo mediante una modificación del Codice civile de 1942, por Ley de 6 de febrero de 1996, núm. 52. En concreto, introduciendo los artículos 1469 bis-1469 sexies. Posteriormente, a través del Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2005, núm. 206, se crea el Codice del consumo, en el que se contiene el sistema general del derecho de los consumidores y, en particular, la disciplina de las cláusulas abusivas, que se regula en los artículos 33 a 38. No obstante debe señalarse que el lenguaje adoptado por el ordenamiento interno no coincide del todo con el que utiliza el legislador comunitario, pues el citado artículo 33 dispone que las cláusulas que

provocan al consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato no son consideradas «abusivas» sino «vejatorias». La razón de esta diferencia estriba en el hecho de que una cierta protección del contratante débil respecto del desequilibrio normativo introducido por el predisponente, estaba ya contenida en el ordenamiento nacional por los artículos 1341.2 y 1342.2 del Codice civil, en los que se hace referencia a las cláusulas «vejatorias», terminología que no ha cambiado en el Codice del consumo. La disciplina general de los contratos sobre las cláusulas vejatorias y la contenida en el Codice del consumo no son ni coincidentes ni alternativas entre ellas, sino que son distintas y complementarias. Las principales diferencias son las siguientes: En primer lugar, la regulación de los artículos 1341.2 y 1342.2 Codice civil se aplica independientemente de la naturaleza de la actividad en el ámbito de la cual actúan los contratantes, mientras que los artículos 33 y sigs. Codice del consumo se aplican solo en las relaciones entre consumidores y profesionales, es decir, solo si el predisponente es un profesional y el adherente es un consumidor. En segundo lugar, la lista de las cláusulas vejatorias contenida en los artículos 1341 y 1342 citados, es considerada como una lista cerrada en consideración al carácter excepcional de la materia. En cambio, la lista de las cláusulas vejatorias del artículo 33.2 no tiene carácter taxativo.

En Derecho francés, la Ley núm. 78-23, sobre la protección e información de los consumidores de productos y de servicios, de 10 de enero de 1978, contiene en los artículos 35 a 38 la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, que si bien no contiene una cláusula general de la buena fe, considera que una cláusula es abusiva cuando el profesional abusa de su poder económico y obtiene una ventaja excesiva frente al consumidor. La citada ley es objeto de reforma por Ley 93-949, de 26 de julio de 1993 por la que se aprueba el Code de la consommation, regulando las cláusulas abusivas en los artículos L 131-1 a 134-1. El Code es objeto de modificación al objeto de transponer la Directiva 93/13, mediante Decreto núm. 95-96, de 1 de febrero de 1996, reformando los artículos L 132-1 y L 132-3, añadiendo una lista de cláusulas abusivas, si bien no se incluye ni se define la buena fe. El control sobre las cláusulas abusivas es un control administrativo llevado a cabo por la Comisión de Cláusulas abusivas, si bien no excluye el control judicial. Posteriormente, la Ley 2008-776, de 4 de agosto de 2008, Ley para la Modernización de la Economía, modifica el artículo L 132-1 que contiene la definición de cláusulas abusivas en las relaciones entre consumidores y empresarios, extendiéndose con la reforma a las relaciones entre profesionales, introduciendo un nuevo artículo en el Code de commerce, el L 442-6 I 2.<sup>o</sup>, que es el que las regula. Actualmente, el Decreto núm. 2009-302, de 18 de marzo de 2009, establece dos listas de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y entre profesionales y consumidores, listas que se encuentran en la parte reglamentaria del Code de la consommation, en los artículos R 132-1 (lista de cláusulas expresamente abusivas) y R 132-2 (lista de cláusulas simplemente abusivas).

En Derecho inglés, la transposición de la Directiva 93/13 se llevó a cabo mediante la aprobación de la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994* (UTCcR), revocada posteriormente por la UTCcR de 1999, relativa a las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, cuyo control lo ejerce el Director General de Defensa de la Competencia, aunque, según disponen los artículos 10 y sigs., la decisión sobre el carácter abusivo o no de una cláusula corresponde a los jueces. En la norma se contiene una cláusula general de buena fe (art. 5.1) y una lista de cláusulas abusivas indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas. Debe señalarse que la UTCcR convive con la *Unfair Contracts Terms Act* (UCTA), de 26 de diciembre de 1977, que tiene por objeto la regulación de aquellos contratos en los que las cláusulas no han sido objeto de negociación, aunque comprende solo las cláusulas de exclusión y limitación de la responsabilidad civil del empresario en determinados contratos. La UCTA no ha sido derogada, de tal forma que el consumidor se encuentra ante dos normas que elegirá a su conveniencia:esta de carácter general y la otra de carácter específico. Al objeto de unificar ambas regulaciones se ha publicado un anteproyecto de regulación de las cláusulas abusivas, de 24 de febrero de 2005.

<sup>6</sup> Pero no protege a los profesionales o empresarios que contraten entre sí. Esta cuestión ha sido criticada por ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2013), *cit.*, 410-411. Vid. también,

MARTÍN PÉREZ, J. A. (2012). Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En: Sánchez Barrios (dir.), *Estudios sobre consumo*, Valencia, pp. 332 y sigs.; PAGADOR LÓPEZ, J. (1998). La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. *Revista Española de Seguros*, núm. 95, 325. Sobre la Ley, *vid.* además, GÓMEZ GÁLLIGO, J. (1998). La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, pp. 1587 y sigs.; CABELLO DE LOS COBOS, L. M., (1998). La Ley de condiciones generales de la contratación y la desjudicialización del tráfico jurídico. *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, pp. 169 y sigs.

<sup>7</sup> Mediante la citada Sentencia, el TJCE declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13, ya citada. En concreto se señala que no ha adaptado correctamente su derecho interno a lo dispuesto en sus artículos 5 y 6.2.

<sup>8</sup> Sobre ella *vid.*, MARCOS FRANCISCO, D. (2012). Hacia un Derecho de consumo uniforme en la Unión Europea. *Actualidad Civil*, núm. 12, vol. 1, pp. 1310 y sigs. Para un estudio completo de la misma, *vid.*, *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)* (2014). Díaz Alabart, S. (dir.), Álvarez Moreno, M. T. (coord.), Madrid.

<sup>9</sup> Asunto C-618/12.

<sup>10</sup> Sobre ella *vid.*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas (Abusa, que algo (ya) no queda). Sentencia de 14 de junio de 2012. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91, pp. 339 y sigs.

<sup>11</sup> *Vid.*, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1997). El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un anteproyecto y proyecto de ley). *Derecho de los Negocios*, núm. 86, p. 9.

<sup>12</sup> El TJUE se ha pronunciado sobre la naturaleza del anexo de la directiva en la sentencia de 7 de mayo de 2002 (asunto c-478/99) al resolver un recurso por incumplimiento seguido por la Comisión contra Suecia, por haberse abstenido de adoptar las disposiciones necesarias para la adaptación a su ordenamiento del mencionado anexo. El Tribunal desestima el recurso al considerar que «*el valor indicativo y no exhaustivo de la lista contenida en el anexo, no prejuzga el carácter abusivo de una cláusula que figure en ella ni, paralelamente, impide que una cláusula no incluida pueda ser declarada abusiva. A diferencia de los artículos 3 a 7, que por contener el grueso de la disciplina deben ser objeto de transposición obligada, clara y precisa, el anexo no tiene por objeto reconocer derechos a los consumidores, de ahí que la plena eficacia de la Directiva puede garantizarse sin necesidad de que la lista sea incorporada en la norma de adaptación del derecho interno a la Directiva. Basta con que se respete su valor como fuente de información –tanto para las autoridades nacionales como para particulares nacionales y extranjeros– a través de cualesquiera medios que garanticen suficientemente su conocimiento por parte del público (en el caso, su inclusión en la publicación de los trabajos preparatorios de la ley de transposición). Ello sin perjuicio de que, dado el carácter de norma de armonización mínima de la Directiva, quede a decisión de los Estados miembros dotar a la lista de un valor más fuerte, sometiéndola a añadidos o a formulaciones más restrictivas*

<sup>13</sup> En Derecho inglés, la UTCcR 4 (1), siguiendo fielmente a la Directiva 93/13, define las cláusulas abusivas del siguiente modo: una cláusula contractual es abusiva si, en contraste con el requisito de la buena fe, causa un significativo desequilibrio en los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor. Y en la Regulation 4 (2) establece que el carácter abusivo se valorará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y de los servicios objeto del contrato, además de todas las circunstancias presentes en el momento de la conclusión del contrato y todas las otras cláusulas del contrato y de otros contratos de los que dependa. Además, la UCTcR establece una serie de parámetros de valoración de la abusividad, basados en parte sobre el texto del Considerando 16 de la Directiva 93/13, y en parte por analogía a lo que se establecía en la UCTA 1977, para orientar al intérprete en la valoración de la reasonableness:

la fuerza contractual de las partes, la existencia o no de una inducción al consumidor para estipular el contrato, la presencia o no de un comportamiento equitativo del profesional frente al consumidor. Por otra parte, una guía para el intérprete sobre la valoración relativa a la abusividad de una cláusula se encuentra en la lista gris del elenco de cláusulas que si bien no tiene carácter exhaustivo, se considera que pueden ser abusivas (por lo tanto, presunción de abusividad). *Vid.*, WEATHERILL S. (2012). *The consumer rights Directive. Common Market Law Review*, núm. 4, pp. 1279 y sigs.; ORLANDO S. (2011). *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice. European Review of Contract Law*, núm. 1, pp. 25 y sigs.; WHITTAKER S. (1999). *City on Contracts*, 28.<sup>a</sup> ed, Londres; LOWWE R. and WOODROFPE G. (1999). *Consumer Law and Practice*, 5.<sup>a</sup> ed, Londres, 1999; LAWSON R. (2005). *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 8.<sup>a</sup> ed, Londres; KOLKMANN S. (2007). *Unfair Contract Terms in Inglaterra*. En: G. Alpa y F.R. Patti (dirs.), *Le clausole vessatorie nei contratti con I consumatori*, t II, Milán, (pp. 1321 y sigs.); MAZEAUD D. et SAUPHANOR-BROUILLARD, N. (2012). *Unfair Contract Terms*. En: R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law*, Londres, pp. 376 y sigs.

El artículo 132-1 Code de la consommation francés define las cláusulas abusivas como sigue: «En los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores, son abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato». Igualmente a lo establecido en la Directiva 93/13, se establece que las disposiciones son aplicables cualquiera que sea la forma del contrato. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará con referencia al momento de la conclusión del contrato, a todas las circunstancias que se refieran a su conclusión, así como a todas las otras cláusulas del contrato. Se apreciará igualmente a la vista de aquellas contenidas en otro contrato cuando la conclusión o la ejecución de estos dos contratos dependan jurídicamente uno del otro. Actualmente, el Decreto núm. 2009-302, de 18 de marzo de 2009, establece dos listas de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores. Las dos listas pueden encontrarse en la parte reglamentaria del Code de la consommation, en los artículos R 132-1 (lista de cláusulas expresamente abusivas: lista negra), con un total de 12 cláusulas y R 132-2 (lista de cláusulas simplemente abusivas: lista gris), conteniendo 10. *Vid.*, PICOD Y. et DAVO H. (2009). *Droit de la consommation*, 2.<sup>a</sup> ed, París; SAUPHANOR-BROUILLAUD N. (2009). *Clauses abusives: les nouvelles clauses noires et grises. À propos du décret du 18 mars 2009, JCP G*, núm. 14, pp. 168 y sigs.; PAISANT G. (2009). *Le décret portant listes noire et gris de clauses abusives, JCP G*, núm. 28, 48-56; CALAIS-AULOUY, J. (2006). *Le devoir de se comporter de bonne foi dans les contrats de consommation*. En: *General Clauses and Standards in European Contract Law*, La Haya, pp. 189 y sigs.; RAYMOND, G. (2011). *Droit de la Consommation*, 2.<sup>a</sup> ed., París; CABRILLAC, R. (2013). *Les clauses abusives appréhendées par le droit civil français*. En: *Droit comparé et européen*, vol. 13, pp. 234 y sigs.

En derecho alemán se considera que una cláusula es abusiva cuando, en contra de la buena fe, provoque una situación de desventaja no razonable en perjuicio del consumidor (parágrafo 307, I, 2 BGB). Se contemplan dos tipos de listas de cláusulas abusivas: la denominada gris, contenida en el parágrafo 308 BGB, y las que se incluyen en la llamada lista negra, enumeradas en el parágrafo 309 BGB. *Vid.* NASALL, W., (2010). *Allgemeine Geschäftsbedingungen*. En: *Zivilrecht unter europäischen einfluss*, 2.<sup>a</sup> ed., Düsseldorf, pp. 173 y sigs.; ZIMMERMANN, R. (2005). *The New German Law Obligations-Historical and Comparative Perspectives*, Oxford; ADOMEIT, K. (2005). *BGB-Bürgerliches Gesetzbuch, Eine Orientierungshilfe für Neugierige, Erstaunte, Verzweifelte und Frustrierte*, Berlin; MÖSLEIN, F. (2012). *Kontrolle vorfomulierter Vertragsklausen*. En: M. Schmidt-Kessel (ed.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht*, Berlin, pp. 255 y sigs.

El artículo 33 del Codice del consumo, en su párrafo primero, establece el concepto de cláusulas abusivas, entendiendo por tales aquellas que, a pesar de la buena fe, determinen al consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones derivados del contrato. También se establece una lista de cláusulas que se presumen abusivas (lista gris), salvo

prueba en contrario, y que son un total de 40 (art. 33.2). También siguiendo a la Directiva 93/13 se considera que el carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y en función de las circunstancias existentes en el momento de su celebración y los demás términos de la misma u otra conectados o de los que depende el contrato (art. 34.1). La apreciación del carácter abusivo de una cláusula no se refiere a la determinación del objeto del contrato ni a la adecuación entre los bienes y servicios, siempre y cuando tales elementos sean identificados en modo claro y comprensible (art. 34.2). *Vid.*, RICCI, F. (2012). *I contratti del consumatore in generales*. En: Rossi Carleto (dir.), *Diritto dei consumi. Soggetti, contratti, remedi*, Torino, pp. 37 y sigs.; EBERS, M. (2007). *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della Direttiva sulle clausule abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*. En: Galgano e Bin (dirs.), *Contratto e impresa/Europa*, Padova, pp. 696 y sigs.; CALVO, R. (2005). Equilibrio normativo del contrato non negoziato e funzione ordinatrice del diritto dispositivo. En: Galgano (dir.) *Trattato di Diritto commerciale*, vol. 34, Padova, pp. 139 y sigs.; GRAZIUSO, E. (2010). *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano; TINTO, V. (2011). *Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, Diritto del comercio internazionale*, pp. 569 y sigs.; MAZZAMUTO, S. (2011). La nuova Direttiva sui diritti del consumatore, *Europa e diritto privato*, núm. 1, (2011), pp. 861 y sigs.

<sup>14</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2002). Comentario a la DA 1.<sup>a</sup> 3. artículo 10 bis 1. En: Menéndez Menéndez y Díez-Picazo (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, p. 957.

<sup>15</sup> Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2011). Comentario al artículo 82. En: Bercovitz R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra, pp. 965-966.

<sup>16</sup> AVILÉS GARCÍA, J. (1998). Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 2567.

<sup>17</sup> PAGADOR LÓPEZ, J. (1999) *cit.* 134.

<sup>18</sup> La misma definición se contiene en la norma inglesa, UCTcR 2 (1). En Derecho francés, el artículo L 132-1, establece que el consumidor o no profesional es toda persona, particular o empresario, que contrate con un profesional sin vínculo directo con su actividad profesional. El artículo 3 del Código del consumo considera al consumidor como la persona física que actúa sobre objetivos no relacionados con la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada. El BGB, en su párrafo 13, entiende como consumidor, la persona natural que realiza una transacción legal para un propósito que está fuera de su negocio o profesión.

<sup>19</sup> Asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99, Cape Snc c/ Idealservie MN RE Sas c/ OMAI Srl.

<sup>20</sup> Noción criticada por ACEDO PENCO A. (2012). *Derecho de consumo. Análisis jurídico privado de la LGDCU de 2007*, Madrid, por excluir a los empresarios y profesionales. *Vid.*, también, CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, pp. 21 y sigs.

<sup>21</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2008). La experiencia del arbitraje de consumo. En: Tomillo Urbina, J. y Álvarez Rubio, J. (coords), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Navarra, p. 383. *Vid.*, también, ACEDO PENCO, A. (2012). *cit.*; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid; DÍAZ ALABART, S., ÁLVAREZ MORENO, M. T. y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D. (2014). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU*, S. DÍAZ ALABART (dir.), M. T. ÁLVAREZ MORENO (coord.), Madrid.

<sup>22</sup> *Vid.*, CARRASCO PERERA, A. (2008). Texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición, *Aranzadi civil*, núm. 5, 15-26, MARCOS FRANCISCO, D. (2012) *cit.*, pp. 1323 y sigs.

<sup>23</sup> Así se estableció también en Derecho italiano, en la Ley de 6 de febrero de 1996, núm. 52, de adaptación de la Directiva 93/13, si bien dicha Ley se separa de la Directiva en cuanto que establecía la negociación individual no como presupuesto para la valoración del desequilibrio, sino como elemento valorativo de la abusividad, de forma que la declaración de una cláusula como abusiva dependerá de tres parámetros concurrentes: ausencia de negociación, buena fe y desequilibrio. Sobre ello, *vid.*, LENER, R. (1996). *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, Foro italiano*, núm. 4, 147; BARENGHI, A. (1996). *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Milán.

Sin embargo, no ha sucedido lo mismo en Derecho francés, en el cual la Ley 95-96 de 1 de febrero de 1995, de adaptación de la Directiva, no incluyó ningún precepto que estableciera la negociación individual de las cláusulas, habiéndolo justificado los autores franceses en el hecho de que aunque se estableciera que las cláusulas deben ser objeto de negociación individual, el profesional puede abusar del consumidor, bien porque se aproveche de su poder económico, o bien porque se aprovecha de la debilidad económica del consumidor, y por tanto se debe proteger, cualquiera que sea la forma del contrato, a los contratantes en posición de inferioridad. Así, GHESTIN, J., et MARCHESSAUX-VAN MELLE (1995). *L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1 février 1995, Semaine Juridique*, núm. 25, I, 3854, 277; PAISANT, G. (1995). *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-95 du 1 février 1995, Dalloz, Chronique*, 102. Como señala MAZEAUD, D. (1995). La loi du 1 février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette?, *Droit et Patrimoine*, 45, la opción del legislador es buena, puesto que en opinión de este autor, lo único que importa para apreciar el carácter abusivo de una cláusula son los efectos que la misma crea sobre el equilibrio contractual: la negociación individual de una cláusula, para este autor, no debe conferir la inmunidad. Actualmente, el Code de la Consommation tampoco ofrece una definición de lo que se considera ausencia de negociación individual.

<sup>24</sup> Coincidien con esta afirmación, entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2000). El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisueltas. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 15; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1994). Notas sobre el concepto de contrato de adhesión. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 56, 1062; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2002) cit., p. 284; ARROYO MARTÍNEZ, J. (1999). Comentario al artículo 1.2. En: Arroyo y Miquel (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid (p. 26); GONZÁLEZ PACANOWSKA I., (1999). Comentario a la DA 1.<sup>a</sup>2: Artículo 10.1 a) y b). En: Bercovitz R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, p. 671. En contra, AVILÉS GARCÍA, J. (1998) cit., 1564, para quien no se exige preredacción, sino solo imposición.

<sup>25</sup> Sobre ella, *vid.*, VILALTA MENADAS, S. (2007). Características básicas de la reforma introducida en materia de consumidores y usuarios en la Ley 44/2006, de 29 de octubre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Modificaciones legales en materia de cláusulas abusivas. *Práctica de tribunales. Revista de Derecho procesal, civil y mercantil*, núm. 38, pp. 22 y sigs.

<sup>26</sup> *Vid.*, STIUE, de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12.

<sup>27</sup> Lo mismo sucede en el caso de que haya sido el consumidor el que haya propuesto las cláusulas, siendo inaplicable en este caso el control de contenido. *Vid.*, en este sentido, JANSEN, N. (2012). Cláusulas abusivas no negociadas individualmente. En: Cámara Lapuente, S. (dir.), Arroyo Amayuelas, E. (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores* (Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2008), Navarra, p. 125.

<sup>28</sup> *Vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J. (2000). El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. En: Nieto Carol (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, p. 146; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1999) cit., p. 672.

<sup>29</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013). La «voluntad virtual» del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 38; BOSCH CAPDEVILA, E. y GIMÉNEZ COSTA, A. (2005). Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, p. 1762; RUIZ MUÑOZ, M. (1994). Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario. *Gaceta Jurídica de la CE*, 134, D 21, 75; DÍAZ ALABART, S. (1992). Comentario al artículo 10.1.c. En: Bercovitz, R. y Salas, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, p. 253.

<sup>30</sup> En opinión de LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980). Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. *Revista de Derecho Privado*, núm. 64, 75-76, la buena fe no puede entenderse desde la perspectiva subjetiva, como imposición de un deber de comportamiento honorable o adecuado a los criterios morales imperantes en la sociedad y en el tráfico jurídico, sino más bien, como un criterio ordenador e inspirador de las relaciones jurídicas que se superpone al propio comportamiento de las partes y modaliza el contenido o los efectos del contrato de acuerdo con las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto.

<sup>31</sup> BERCOVITZ, R. (1987). *cit.*, pp. 198 y 758. Es también buena fe en sentido objetivo para MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013). *cit.*, p. 43; CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente (Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas)*, Barcelona; PAGADOR LÓPEZ, J. (2011). Condiciones Generales y cláusulas abusivas. En: Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, p. 1440; DÍEZ-PICAZO, L. (2002). En: Menéndez Menéndez y Díez-Picazo (dir.), Alfaro Águila-Real (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, p. 71; AVILÉS GARCIA, J. (1998) *cit.*, pp. 1553 y sigs.; PASQUAU LIAÑO, M. (1999). Comentario a la DA 1.<sup>a</sup> 3; Artículo 10 bis.2. En: Bercovitz R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, p. 787, aunque para este autor la noción central no es tanto la honradez, sino sobre todo la de contenido natural del contrato.

<sup>32</sup> La ley francesa a la que anteriormente hicimos referencia, de adaptación de la Directiva, eliminó la referencia a la exigencia de la buena fe. La doctrina francesa ha considerado acertada esta omisión, señalando que las cláusulas que deben eliminarse de los contratos son aquellas que generan una grave ruptura del equilibrio contractual, por lo que sería superfluo preguntarse si han sido estipuladas en contra de la buena fe. *Vid.*, en este sentido, MAZEAUD, D. (1995). *cit.*, 47; PAISANT, G. (1995) *cit.*, 100; GHESTIN, J. et MARCHESSAUX-VAN MELLE (1995). *cit.*, pp. 275 y sigs. Actualmente, el artículo L 132-1, que como ya hemos visto, define las cláusulas abusivas, tampoco hace referencia al parámetro de la buena fe. *Vid.*, CALAIS-AULOY, J. (2006). *cit.*, pp. 189 y sigs.

En la doctrina italiana se ha discutido mucho sobre la interpretación que debe hacerse del requisito de la buena fe, puesto que en Italia la traducción de la Directiva se hizo en unos términos un tanto confusos, redactándose el citado requisito como «malgrado il requisito de la buona fe», que difiere del texto del mismo artículo formulado por otros Estados miembros. En una forma literal, la interpretación que algún autor ha hecho de este requisito es la de entenderlo como «independientemente de la buena fe», es decir, es abusiva la cláusula que, aunque sea conforme a la buena fe, causa un desequilibrio al consumidor (sentido subjetivo). Así, ALPA, G. (1993). Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. *Corriere giuridico*, 642. Sin embargo, la mayoría de la doctrina italiana rechaza esta interpretación y entiende que el requisito de la buena fe establecido en la Directiva significa que es abusiva la cláusula, que siendo contraria a la buena fe, determine en el consumidor un desequilibrio importante (sentido objetivo), que es el sentido que se le ha dado en Derecho español. Así, entre otros, DE NOVA G. (1994). Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive, *Rivista trimestrale de Diritto e de la Procedura Civile*, núm. 3, 693; ROPPO, V. (1995), *cit.*, p. 285; BARENghi, A. (1995), *cit.*, pp. 39 y sigs.; PARLODESI

(1995). Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata, *Rivista Critica de Diritto Privato*, núm. 3, p. 528; BIAZZI (1994). Condizioni generali di contratto e buona fede. En: E. Cesàro (dir.), *Clausole abusive e Direttiva comunitaria*, Milán, pp. 30-33. En el Código de la Consumación la redacción que se ha dado al artículo 33 es la de considerar que una cláusula es abusiva «a pesar» de la buena fe. A excepción de la regulación francesa, también utilizan como elemento para medir la abusividad de una cláusula, la UTCR 4 (1) y el párrafo 307, I, 2 BGB. Y en todos los ordenamientos mencionados se hace referencia al desequilibrio (francés), significativo desequilibrio (inglés), desequilibrio importante (italiano) o situación de desventaja no razonable (alemán).

<sup>33</sup> Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013). *cit.*; MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2011). Comentario al artículo 82. En: Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, p. 741.

<sup>34</sup> CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *cit.*

<sup>35</sup> Asunto C-484/08. La sentencia resolvió la petición de decisión prejudicial que tenía por objeto la interpretación de los artículos 4.2 y 8 de la Directiva 93/13. En concreto se planteaban las siguientes cuestiones: 1. ¿El artículo 8 debe ser entendido en el sentido de que un Estado miembro puede establecer en su legislación y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas cuyo control excluye el artículo 4.2?; 2. En consecuencia, ¿el artículo 4.2, puesto en relación con el artículo 8, impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o «a la falta de adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida», aunque estén redactadas de manera clara y comprensible? El TJUE responde a estas cuestiones en los siguientes términos: «(...) los artículos 4.2 y 8 de la Directiva, y los artículos 2, 3.I.g) y 4.1 CE no se oponen a que una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible».

<sup>36</sup> Asunto C-226/12. *Vid.*, comentario a la referida sentencia por MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2014). Concepto de «desequilibrio importante» del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, pp. 189 y sigs.

<sup>37</sup> También debe tenerse en cuenta, por su relevancia, sobre el desequilibrio importante, la STJUE, de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (CatalunyaCaixa). El Tribunal resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona sobre el posible carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en contratos de hipoteca celebrados con consumidores (como, por ejemplo, la de vencimiento anticipado), por desequilibrantes. En la sentencia se considera que «para averiguar cuándo una cláusula causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (...), y deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de este tipo, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas». *Vid.*, comentario a esta sentencia por DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013)». La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, pp. 5 y sigs.

<sup>38</sup> En este sentido se pronuncia la STJUE de 12 de marzo de 2013. Respecto de esta labor interpretativa y de la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula, se ha pronunciado el TJUE, en Sentencias de 1 de abril de 2004 (asunto C-670/03) y 9 de noviembre de 2010 (asunto C-137/08), que, si bien con un carácter abstencionista, determina el alcance de las funciones respectivas de juez comunitario y juez nacional. En ejercicio de su competencia de interpretación del derecho comunitario, el Tribunal se atribuye la facultad de fijar el correcto entendimiento de los criterios abstractos utilizados por el legislador comunitario al definir la noción de cláusula abusiva —buena fe, desequilibrio importante y cánones hermenéuticos del artículo 4.1—, reservando al juez nacional la decisión sobre la aplicación de tales criterios generales a la cláusula particular, lo que exige el examen de las circunstancias concurrentes y de las ventajas y desventajas que a cada cláusula vincula el derecho nacional aplicable al contrato.

<sup>39</sup> EMPARANZA SOBEJANO, A. (1994). La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Mercantil*, núm 213, 477; RUIZ MUÑOZ, M. (1994). Control de las condiciones generales de los contratos en el derecho comunitario. *Gaceta Jurídica de la CE*, 134, D 21, 92; VATTIER FUENZALIDA, C. (1995). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 630, 1542; PAGADOR LÓPEZ, J. (1998). *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid.

<sup>40</sup> Se trata de una nulidad radical y no de una nulidad relativa o anulabilidad. Así, CLAVÉRÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1992). Comentario al artículo 10.4. En: Bercovitz, R. y Salas (dirs.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, p. 340; RUIZ MUÑOZ, M. (1993). *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid; PAGADOR LÓPEZ, J. (2011). *cit.* Es nulidad relativa para PASQUAU LIANO, M. (1999). *cit.*, p 778, y para GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009). *cit.*, p. 983, que se refiere a una nulidad disponible para el consumidor o usuario perjudicado pero imperativa para el predisponente, porque las propias normas de cuya contratación se trata forman parte del denominado «orden público de protección» de una de las partes, en este caso, el consumidor o usuario. Y ni que decir tiene, como dice PERDICES HUETOS, A. B. (2002). Comentario al artículo 10.1. En: Menéndez y Menéndez y Díez-Picazo (dirs.), Alfaro Águila-Real (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, p. 253, que el predisponente carece de legitimación para instar la nulidad que él mismo ha provocado. En contra, BLANDINO GARRIDO, M. A. (2011). La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato. En: Albiz Dohrmann (dir.), Palazón Garrido y Méndez Serrano (coords.), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Barcelona, p. 247.

<sup>41</sup> Nulidad que puede ser apreciada de oficio por el juez. En este sentido la jurisprudencia del TJUE ha sido clara, considerando que el juez puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. En este sentido, sentencias de 27 de junio de 2000 (asuntos acumulados c-240 a 244/98), 21 de noviembre de 2002 (asunto c-473/00), 26 de octubre de 2006 (asunto c-168/05), 4 de junio de 2009 (asunto c-243/08), 6 de octubre de 2009 (asunto c-40/08), 3 de junio de 2010 (asunto c-484/08), 13 de junio de 2012 (asunto c-542/10); 13 de febrero de 2013 (asunto c-472/11); 14 de marzo de 2013 (asunto c-4415/11); 16 de enero de 2014 (asunto c-226/12). En la jurisprudencia española, SSTS de 1 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6554), 10 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2337), 25 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006, 6577). En consecuencia, en nuestro sistema jurídico se admite el control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas, al tratarse de una nulidad de pleno derecho que la ley impone de forma imperativa para proteger al consumidor. *Vid.*, LLEBARÍA SAMPER, S. (2000). *El control judicial de las cláusulas abusivas*, Barcelona; PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2005). *El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas*, Barcelona; MARCOS GONZALEZ, M.<sup>a</sup> (2011). *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Navarra.

<sup>42</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1992). *cit.*, p. 342. En derecho comparado las soluciones técnicas son divergentes. En Francia, las cláusulas abusivas se consideran como inexistentes o no escritas (art. L 132-1 Code de la Consommation); en el sistema inglés se consideran «no vinculantes para el consumidor (UTCCr 8); de ineeficacia habla el BGB (parágrafo 306.2), tanto las cláusulas abusivas contenidas en la lista gris, solo cuando generen un inadecuado perjuicio al consumidor, como las contenidas en la lista negra, que serán siempre ineeficaces, o simplemente «nulas» (art. 36 Codice del Consumo).

<sup>43</sup> PASQUAU LIAÑO, M. (1999), *cit.*, pp. 296 y sigs.; PERDICES HUETOS, A. B. (2002), *cit.*, p. 522; GETE ALONSO, M. A. y NAVAS NAVARRO, S. (1999). Comentario a la DA 1.<sup>a</sup>, 3c). En: Arroyo Martínez y Miquel Rodríguez (coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, p. 99.

<sup>44</sup> Cfr. DURÁN RIVACOBA, R. (2008). Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, pp. 699 y sigs.; CARRASCO PERERA, A. (2007). Invalidez e ineeficacia en los contratos con consumidores. En: Delgado Echeverría (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Navarra, p. 187.

<sup>45</sup> La conveniencia de la nulidad parcial ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1992). *cit.*, p. 342; y por ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991), *cit.* Este último autor señala que la nulidad total es inconveniente porque no garantiza la integridad material de la forma de protección, porque impide al adherente obtener lo que la ley quiere darle, que no es la eliminación de las cláusulas abusivas en sí misma considerada, sino la eliminación de dichas cláusulas para que el contrato se mantenga con una regulación equilibrada. Esta solución sería escasamente efectiva, porque al perder el adherente el derecho a exigir la prestación como consecuencia de la nulidad (art. 1302 CC), solo sería previsible que se solicitase la declaración de nulidad de una cláusula cuando la prestación del contrato pudiese obtenerse sin coste de otro diferente. La solución de la nulidad total no es razonable porque no discrimina. Al cancelar la eficacia del negocio, priva al adherente no solo de los inconvenientes del mismo, sino también de sus ventajas. Otra razón es que si se aplica la nulidad parcial basada en la voluntad presumible de las partes se vaciaría de contenido igualmente la finalidad tutiva de la norma. El riesgo de perder el contrato con la nulidad de una cláusula incentivaría al adherente a no solicitarla.

<sup>46</sup> Vid., al respecto, DÍAZ ALABART, S. (2000). *Pacta sunt Servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos. En: Nieto Carol (dir.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid, pp. 43 y sigs.

<sup>47</sup> Señala PASQUAU LIAÑO, M. (1999), *cit.*, pp. 792-793, que por facultades moderadoras debe entenderse la sustitución de una cláusula abusiva por excesiva, por otra conforme a las exigencias de la buena fe. Vid., también, DURÁN RIVACOBA, R. (2008), *cit.*, pp. 706 y sigs.; BLANDINO GARRIDO, M.<sup>a</sup> A. (2011), *cit.* p. 267.

<sup>48</sup> STJUE de 14 de junio de 2012.

<sup>49</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2012), *cit.*, p. 347. La supresión de la integración ha sido criticada por SERRA RODRÍGUEZ, A. (2013). Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2153, pp. 21-22; CARBALLO FIDALGO, M. (2013), *cit.* En opinión de esta autora, la ecuación modificación = integración no puede ser defendida, pues entiende que aun cuando existen cláusulas que sin duda pueden ser sencillamente eliminadas, en buena parte de los casos tal eliminación genera la necesidad de integración, prioritaria a la declaración de nulidad total del contrato.

<sup>50</sup> Vid., crítica de BERCOVITZ, R. (1987), *cit.*, pp. 202-203; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1992), *cit.*, pp. 342-343. También, GETE ALONSO, M. A., y NAVAS NAVARRO, S. (1999), *cit.*, p. 295.

<sup>51</sup> PAGADOR LÓPEZ, J. (1999), *cit.*

<sup>52</sup> PASQUAU LIAÑO, M. (1999), *cit.*, p. 784.

*(Trabajo recibido el 9-12-2014 y aceptado para su publicación el 5-1-2015)*