

Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (*)

SUMARIO: 1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.—2. LA TRAYECTORIA DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.—3. LA NOCIÓN COMUNITARIA DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.—4. LAS CLAUSULAS ABUSIVAS Y LOS MECANISMOS DE CONTROL.—5. OTROS ASPECTOS DE LA DIRECTIVA.—6. BREVES REFLEXIONES FINALES.

Ante todo, quiero agradecer a la Comisión Gestora la amable tarea de pronunciar la lección inaugural en el solemne acto de apertura del curso que ahora empieza. Si siempre es un honor un encargo de esta índole, lo mismo para el disertante que para la Facultad a la que pertenece, en esta ocasión lo es tanto más cuanto que hoy comenzamos, no sólo un nuevo curso académico, sino la nueva andadura de nuestra Universidad, cuya reciente creación por Ley del pasado 26 de mayo ha venido a respaldar la labor realizada durante años en el entonces *campus* de Burgos, a la vez que ha venido a culminar, por la vía normal de la emancipación, la tutela ejercida con acierto por la Universidad de Valladolid. Y a esto se une, por otra parte, que en el presente curso nuestra joven Facultad de Derecho cumple sus primeros diez años de existencia, de manera que este acto marca también el comienzo de la celebración académica de tan significativa fecha.

1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

De acuerdo con los usos que rigen este acto, la lección debe versar sobre un tema de la especialidad que uno profesa, ha de ser tratado con relativa

(*) Discurso de apertura de curso en la Universidad de Burgos.

sencillez para hacerlo comprensible a los no especialistas y, a ser posible, debe tener el atractivo de la actualidad. Creo que un pequeño estudio sobre «*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*» reúne estas características. Estos contratos dan una configuración nueva a la categoría general del contrato y sus consecuencias teóricas irradian, por tanto, a todos los sectores del ordenamiento; la «letra pequeña», como se les conoce vulgarmente, presenta una indudable importancia económica y social ya que se sitúa en el centro de las relaciones entre los empresarios, por un lado, y los clientes, en particular los consumidores y usuarios, por el otro; en fin, estos contratos se han regulado por la reciente Directiva 93/131CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (1), a la que se debe adaptar nuestro Derecho antes del próximo día 1 de enero de 1995 (art. 10.1.2.º).

Parece, pues, que la elección del tema está debidamente justificada, en cuyo desarrollo nos vamos a ceñir al siguiente esquema: Tras la trayectoria histórica de la figura, nos centraremos en la nueva noción comunitaria de los contratos de adhesión; después de examinar el régimen de las cláusulas abusivas, veremos otros aspectos de la Directiva y terminaremos con unas breves reflexiones finales sobre el tema.

2. LA TRAYECTORIA DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Lo primero que hay que decir es que, al cabo de casi un siglo de reflexión sobre la materia, el punto de partida está en la célebre obra de R. SALEILLES sobre «*La déclaration de volonté*», publicada en 1901. Con su agudo historicismo, el autor observó que los contratos de trabajo, de seguro y de transporte no descansaban en el consentimiento libre de los contratantes, sino que el esquema bilateral del Código se había sustituido por los que llamó contratos de adhesión; los consideró como actos unilaterales a través de los cuales un contratante dicta su ley, no sólo a un individuo sino a una colectividad indeterminada; por eso, a su juicio, «los contratos de adhesión no son más que pretendidos contratos porque hay el predominio exclusivo de una voluntad sobre la otra» (2).

Con razón se ha dicho que «esta afirmación abrió un nuevo capítulo en la dogmática contractual» (3), e inició una interesante polémica sobre la

(1) Publicada en el DOCE L 95, de 21 de abril de 1993, págs. 29 y sigs.

(2) Vid. R. SALEILLES, *La déclaration de volonté (Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand)*, París, 1901, reimpr. 1929, en especial pág. 229.

(3) En tal sentido, M. GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*, Madrid, 1969, pág. 5.

naturaleza contractual o normativa de esta clase de contratos, que se prolongó hasta mediados de siglo. Centrada la doctrina de entonces en el viejo consensualismo, se dudaba que los contratos de adhesión fueran verdaderos contratos y se los aproximaba a la ley, ante la que el adherente sólo podía plegarse, lo que parecía aún más palpable por la intervención administrativa, la aparición de los contratos-tipo, los contratos impuestos y los contratos regulados enteramente por la ley; se llegó incluso a hablar de la decadencia o de la crisis del contrato (4), como advirtió un atento sector de nuestra doctrina (5).

Aunque la legislación posterior ha clausurado esta polémica (6), aquí está el origen tanto de las teorías normativistas, según las cuales los empresarios imponen estos contratos por una especie de delegación legislativa o por el uso mercantil, como de las modernas concepciones contractualistas, para las que estamos, como se ha señalado, ante «el ejercicio unilateral del derecho a configurar el contenido de los contratos» (7). De aquí arranca también algo que el texto comunitario ha elevado a un primer plano, y es que la clave de la figura no está tanto en la predisposición del contenido del contrato sino más bien en la imposición por el empresario al adherente; en otras palabras, lo esencial no es la redacción previa de las condiciones generales a las que el contrato se somete, sino la falta de negociación de las distintas cláusulas del contrato (8).

Por otra parte, es de todos sabido que estos contratos han tenido una amplia difusión en la práctica, hasta el punto de ser hoy estadísticamente mayoritarios. A los contratos de trabajo, seguro o transporte, se han unido los contratos bancarios; contratos de adhesión se celebran para la adquisición de

(4) Estudia las vicisitudes de esta polémica en la literatura francesa recientemente J. L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, París, 1992, págs. 193 y sigs., y allí referencias.

(5) Nos referimos principalmente a M. ROYO MARTÍNEZ, «Contratos de adhesión», en *An. Der. Civ.* 1949, págs. 54 y sigs.; J. OSSORIO MORALES, «Crisis en la dogmática del contrato», en *An. Der. Civ.* 1952, págs. 1157 y sigs., y L. DÍEZ PICAZO, «LOS llamados contratos forzosos», en *An. Der. Civ.* 1954, págs. 85 y sigs., autor que ha vuelto sobre el tema en «¿Una nueva doctrina general del contrato?», en *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la Protección de los Consumidores, Ponencias*, Zaragoza 1993, págs. 439 y sigs., y en *An. Der. Civ.* 1993, págs. 1705 y sigs.

(6) Opinión acertada de M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español», en *Rev. Gen. Leg. Jur.*, págs. 609 y sigs., en especial 613-614, nota 7, que es de compartir.

(7) Ha revisado críticamente este punto J. ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, págs. 38 y sigs.; la frase transcrita procede de la pág. 87.

(8) Antes de la Directiva, opinaban en sentido opuesto, L. H. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, «La predisposición del contenido contractual», en *Rev. Der. Priv.* 1979, págs. 667 y sigs., en particular 670-671, y J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, pág. 182, para el que la falta de negociación no es una característica propia de las condiciones generales de la contratación (*Ibidem.* págs. 133 y sigs.).

toda clase de bienes, sobre todo bienes muebles, y para toda clase de servicios, desde los esenciales que suelen suministrar entidades públicas o semi-públicas, hasta los servicios profesionales de todo orden. Los ejemplos, en realidad, sobran.

En los últimos años, se han propagado al tráfico inmobiliario, no sólo a los contratos de compraventa o de arrendamiento, sino a los regímenes de propiedad horizontal o de multipropiedad por la mera adquisición de inmuebles sujetos a los mismos (9); y también se utilizan en los contratos financieros, como el *leasing* (10), o la hipoteca con cláusula *endowment*, por la que se une a la garantía un seguro de vida del deudor, de modo que, si muere antes de amortizar la deuda, el banco hace efectivo el saldo en el importe del seguro (11). Por eso es importante el control ejercido por los fedatarios públicos; aunque se ha negado y discutido la facultad del Registrador de la Propiedad para verificar la existencia de cláusulas abusivas, se ha sostenido, con razón, que la nueva Directiva exige dicho control (12). En este sentido es elocuente la obligación que se acaba de imponer a los Notarios de comprobar las condiciones financieras propuestas por el banco en el acto de otorgamiento de los préstamos hipotecarios (art. 7 Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios).

A la vista de esta experiencia, se ha dicho que los viejos «contratos por negociación» son acordados casi «artesanalmente» por los contratantes, y cuyo desfase respecto de la realidad del mercado, hoy en día, es «una adquisición definitiva de la cultura jurídica» (13). Por contraste con estos

(9) Lo pone bien de relieve C. M. BIANCA, «Condizioni generali di contratto (tutela dell'adérente)», en *Dig. disc. pnv. Sez. civ.*, III, Turín, 1988, págs. 397 y sigs.

(10) Lo destaca A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La naturaleza del "leasing" o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *An. Der Civ.*, 1982, págs. 41 y sigs.

(11) Vid. para esta figura M. ALVAREZ PÉREZ, «Hipoteca con cláusula de "endowment"», en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Madrid, 1993, págs. 231 y sigs.

(12) Opina en este sentido J. M. DÍAZ FRAILE, «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas abusivas de 1993», en *Rev. Crit. Der. Inm.*, 1994, 622, págs. 1023 y sigs. Se ha desestimado la facultad fiscalizadora del Registrador por las RR. de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, entre otras, y se han manifestado en contra de este criterio negativo J. M. GARCÍA GARCÍA, «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal de Justicia de Cataluña», en *Rev. Crit. Der. Inm.*, 1992, 610, págs. 1313 y sigs., y K. J. ALBEIZ DOHRMANN, «El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», en *Rev. Crit. Der. Inm.*, 1993, 618, págs. 1421 y sigs.

(13) Así, respectivamente, L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, Madrid, 4.^a ed. 1993, pág. 130; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Las nuevas coordenadas del Derecho de la contratación», en *Act. Civ.* 1994, 14, págs. 243 y sigs., en especial 244, y M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 614.

contratos, y por analogía con las condiciones generales, la nueva modalidad de contratación se caracteriza, en cambio, por las notas de generalidad, rigidez y predisposición. Generalidad, por estar orientada a integrar los contratos singulares que el empresario o el profesional celebre normalmente en el tráfico; rigidez, por determinar en bloque el contenido de tales contratos sin que el adherente pueda entrar siquiera a discutirlos, y predisposición por la contraparte, sea o no la redactora material de los mismos (14); nota esta última que es sólo accidental en la disciplina comunitaria de los contratos de adhesión. Este paralelismo se puede mantener porque las condiciones generales y los contratos de adhesión se implican mutuamente; mientras las primeras predeterminan unilateralmente el contenido de los futuros contratos de adhesión, éstos concretan las condiciones generales en las singulares relaciones entabladas entre la empresa y los adherentes. Por eso, tiene razón J. DUQUE cuando afirma que «el destino de las condiciones generales es el de ser sometidas a la adhesión por quien las utiliza —predisponente o no— en su contratación» (15).

Asimismo, ante esta práctica contractual, la doctrina identificó los medios técnicos para evitar los abusos a que podía —y puede— dar lugar. Comenzó la tarea el Profesor DE CASTRO con el conocido «dictamen», que fue su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 1961; invocó la naturaleza estrictamente contractual de la figura y los límites inmanentes de la libre contratación, entre los que destacó el Derecho dispositivo por ser el portador de una regulación normal y tendencialmente equilibrada, y también la moral y el orden público; posteriormente, en el último trabajo que publicó en 1982, estimó que la protección de los contratantes débiles, en general, y de los consumidores, en particular, también limitaba la autonomía de la voluntad (16). Sobre sus huellas, se

(14) Para estas características, con matices diversos, *vid.* M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 627 y sigs.; J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 114 y sigs.; M. COCA PAYERAS, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. SALAS HERNÁNDEZ, Madrid, 1992, págs. 232-235 y 315 y sigs.; una síntesis afortunada ofrece M. C. GÓMEZ LAPLAZA, «Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores», en *Reforma del Derecho Privado y Protección del Consumidor*, Valladolid, 1994, págs. 51 y sigs., en especial 52.

(15) *Vid.* J. DUQUE, «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», en *Est. Cons.*, 1984, 3, págs. 51 y sigs., en particular 63.

(16) *Vid.* F. DE CASTRO Y BRAVO, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», en *An. Der. Civ.* 1961, págs. 295 y sigs. (reimpr. sep. Madrid, 1975 y 1985), y «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», en *An. Der. Civ.* 1982, págs. 987 y sigs.; sobre este autor, es de interés el trabajo de M. AMORÓS GUARDIOLA, «Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensa-

destacó el orden público económico, que se desprende de la legislación sobre defensa de la competencia; el orden público paralegal, que se basa en los principios generales del Derecho, o la reciprocidad de las prestaciones, cuyo carácter de principio general se ha reconocido por la reciente STS de 10 de mayo de este año (17). Pero lo que ha dado frutos en la práctica ha sido la buena fe en la integración y en la interpretación de los contratos, con apoyo, respectivamente, en los artículos 1.258 y 1.288 del Código Civil (18). Lo que debe recordarse puesto que vale tanto para los contratos de adhesión como para los contratos por negociación.

En fin, la reacción del legislador se hizo esperar y, sólo a partir de los años setenta, tras la norteamericana *Warranty Act* de 1975, se promulgaron leyes en todos los países de Europa, salvo en Italia, que regulan la materia con criterios técnicos diferentes. Por eso se habla de la coexistencia de modelos diversos, los cuales, sin embargo, se entrecruzan en la realidad legislativa. Frente al modelo anglosajón de una lista «negra» de cláusulas siempre prohibidas, está el modelo continental de una regla general que prohíbe las cláusulas abusivas, la cual, además de la lista «negra», se suele complementar con una lista «gris» de cláusulas que pueden invalidarse según las circunstancias del caso; al lado del modelo francés de proteger exclusivamente a los consumidores, existe el modelo alemán que se extiende a toda clase de adherentes, incluidos los empresarios y profesionales, aunque las relaciones entre los comerciantes se rigen solamente por la cláusula general (19). Lo importante es que el acento se desplaza aquí del

miento de Federico de Castro», en *An. Der. Civ.* 1983, págs. 1129 y sigs. Pese a que concuerda en lo fundamental, se aparta de esta concepción, y desplaza el problema del artículo 1.255 al 1.258 CC, la tesis de la eficacia declarativa de las condiciones generales propuesta por J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 80 y sigs.

(17) En el sentido indicado, respectivamente, M. GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, págs. 260 y sigs.; L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, págs. 682 y sigs., y A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 84.

(18) Vid. J. L. DE LOS Mozos, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Barcelona, 1965, págs. 123 y sigs., y 179 y sigs.; C. LASARTE ALVAREZ, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *Rev. Der. Priv.*, 1980, págs. 50 y sigs.; M. GARCÍA AMIGO, «Integración del negocio jurídico», en *An. Ac. Mat. Not.*, 1983, págs. 76 y sigs.; L. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, «La interpretación de los contratos de adhesión por la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Rev. Crít. Der. Inm.*, 1987, 581, págs. 1083 y sigs., y M. C. DÍAZ JIMÉNEZ, *Interpretatio contra stipulatorem* y principio de interpretación más favorable al consumidor», en *Act. Civ.*, 1994, 18, págs. 315 y sigs.

(19) Sobre esto hay una literatura abundante, que se recoge, en lo fundamental, en el documento estudio de A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor», en *An. Der. Civ.*, 1983, págs. 1191 y sigs.; para las novedades más recientes en varios países de la CEE, vid. las Ponencias de la Sección Primera, en *Congreso Internacional*, cit., págs. 29 y sigs., entre las que destaca

consentimiento al contenido del contrato; ya no interesa tanto que el adherente consienta o conozca el contrato que se le propone, cuanto que resulten de él unos derechos y unas obligaciones mínimamente equilibrados. En pocas palabras, se ha puesto de relieve que ya no se trata sólo del control de inclusión de las cláusulas en cada contrato sino de un verdadero control de su contenido; y se ha dicho, no sin cierto optimismo, que uno de los rasgos del actual Derecho de los contratos es, por ello, una nueva justicia contractual sustantiva (20).

En España, hay que recordar, ante todo, la vieja Ley Azcárate de 1908, de represión de la usura, ya que los préstamos de dinero que contempla son supuestos típicos de contratos de adhesión; y además, prevé un régimen de publicidad de los contratos declarados nulos (arts. 1 y 7), que se anticipa por años a las técnicas protectoras más modernas. Hace poco se ha propuesto su reforma para estimar que el préstamo es leonino y, por tanto, nulo, si el prestatario lo ha aceptado, entre otros motivos, por «la desigualdad de su posición en el mercado» (21); pero esta reforma lamentablemente no ha prosperado. Por otra parte, además del caso particular del contrato de seguro (22), en 1984 se promulga la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (LCU), en la que converge el influjo francés, al estar referida sólo a los consumidores, y el alemán, al regular, en su artículo 10, con notable imperfección, las condiciones generales de los contratos (23). En cambio, responde netamente al modelo alemán el Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación que se ha elaborado por el Ministerio de Justicia y se ha

E. HONDIUS, *Reform of Contract Law and the Protection of Consumers in the Netherlands*, págs. 221 y sigs., por la originalidad del Código Civil holandés promulgado en 1992.

(20) Así, respectivamente, M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 53, y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 245 y sigs., y con mayor amplitud, «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones», en *Congreso Internacional*, cit., págs. 305 y sigs. El cambio de orientación lo advirtió en su momento M. GARCÍA AMIGO, «Ley alemana occidental sobre «condiciones generales», en *Rev. Der. Priv.*, 1978, págs. 384 y sigs.

(21) Vid. las enmiendas presentadas por el Grupo Popular al Proyecto de Ley sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios en el *BOCG. Congreso*, A, 51.3, pág. 21, y *Senado*, II, 18 (b), pág. 17; sobre la Ley citada, I. SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986, págs. 113 y sigs., y M. ISAS SOLANES, *El Contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Madrid, 1994, pág. 96, con jurisprudencia reciente.

(22) Aludimos al art. 3 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, sobre el cual vid. M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 623-626, por todos.

(23) Cuya paternidad parlamentaria se puede atribuir al entonces diputado M. GARCÍA AMIGO, como lo pone de relieve el estudio de J. SANROMA ALDEA, «El debate parlamentario del proyecto de Ley. Texto comparado con la ley», en *Est. Cons.* 1984, 3, págs. 171 y sigs., en especial 177-178.

dictaminado favorablemente en 1991, pero aún no se ha convertido en Ley (24).

Y en la Comunidad Europea comienza también por esos años la gestación laboriosa de la Directiva que nos proponemos examinar. A impulsos del Consejo de Europa y del Parlamento Europeo, hubo un primer intento a mediados de los años ochenta que no prosperó; tras una Propuesta publicada en 1990, luego modificada en 1992, se ha aprobado finalmente el texto en vigor, en el que conviven elementos procedentes del modelo alemán, como la cláusula general de buena fe, la lista de cláusulas sospechosas y la sanción de nulidad parcial, junto a elementos típicamente franceses, como la referencia a los consumidores, los contratos de adhesión y la definición de las cláusulas abusivas (25).

El nuevo texto se justifica porque la diversidad legislativa entre los Doce no parece compatible con el mercado interior, el cual, aunque no pueda plasmarse todavía en el Código único de obligaciones y contratos que se ha propuesto (26), exige la aproximación de las legislaciones, al menos, en una materia tan sensible a las condiciones del mercado como es ésta. Y tal es el propósito explícito de la Directiva en vigor (art. 1.1). Con todo, ha

(24) Se trata del texto elaborado por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, a partir de la ponencia formulada inicialmente por los Profesores J. F. DUQUE y F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, que ha sufrido varias modificaciones a lo largo de los años ochenta; a la versión publicada por el Ministerio de Justicia en 1984, ha seguido otra inserta en el *Bol. Inf. Min. Just.*, 1988, enero, suplemento núms. 1478-1479; la última versión ha sido informada favorablemente por el Consejo General del Poder Judicial, con fecha 25 de diciembre de 1991, y se ha publicado por C. LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, III, Madrid, 1994, págs. 85 y sigs.

(25) Vid. referencias en los trabajos de A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las condiciones generales*, cit., págs. 1204-1205; M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*, cit., págs. 226 y sigs., y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 53; sobre estos antecedentes, ofrece información de interés G. ALPA, «Contratti standard dei consumatori: una proposta di direttiva comunitaria», en *Contr. impr.*, 1991, págs. 885 y sigs. Para estudios de Derecho comparado, E. HONDIUS, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, Utrecht, 1987; los volúmenes coordinados por J. GHESTIN, *L'élimination des clauses abusives en Europe: essai de droit comparé*, París, 1988, y *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, París, 1991, y V. Rizzo, «Le clausole «abusive»: realtà e prospettive. La Direttiva CEE del 5 aprile 1993», en *Rass. dir. civ.*, 1993, págs. 582 y sigs. Las propuestas de Directiva se han publicado en el *DOCE*. C 243, de 28 de septiembre de 1990, págs. 2 y ss., y C 73, de 24 de marzo de 1992, págs. 7 y sigs., respectivamente; el texto definitivo cit. *supra*, nota 1.

(26) Acerca de este punto, nos permitimos remitir a nuestro estudio «Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea», en *Rev. Der. Priv.*, 1994, págs. 223 y sigs.; *vid.*, además, el volumen a cargo de P. STEIN, *Incontro di studio su il futuro codice europeo dei contratti* (Pavia, 20-21 ottobre 1990), Milán, 1993, en el que se recoge la propuesta inicial de G. GANDOLFI, *Pour un code européen des contrats*, págs. 23 y sigs., así como J. L. DE LOS MOZOS, La propuesta de un Código europeo de contratos del «Convegno di Pravia» vista desde España, en *Congreso Internacional*, cit., págs. 413 y sigs.

dictaminado favorablemente en 1991, pero aún no se ha convertido en Ley (24).

Y en la Comunidad Europea comienza también por esos años la gestación laboriosa de la Directiva que nos proponemos examinar. A impulsos del Consejo de Europa y del Parlamento Europeo, hubo un primer intento a mediados de los años ochenta que no prosperó; tras una Propuesta publicada en 1990, luego modificada en 1992, se ha aprobado finalmente el texto en vigor, en el que conviven elementos procedentes del modelo alemán, como la cláusula general de buena fe, la lista de cláusulas sospechosas y la sanción de nulidad parcial, junto a elementos típicamente franceses, como la referencia a los consumidores, los contratos de adhesión y la definición de las cláusulas abusivas (25).

El nuevo texto se justifica porque la diversidad legislativa entre los Doce no parece compatible con el mercado interior, el cual, aunque no pueda plasmarse todavía en el Código único de obligaciones y contratos que se ha propuesto (26), exige la aproximación de las legislaciones, al menos, en una materia tan sensible a las condiciones del mercado como es ésta. Y tal es el propósito explícito de la Directiva en vigor (art. 1.1). Con todo, ha

(24) Se trata del texto elaborado por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, a partir de la ponencia formulada inicialmente por los Profesores J. F. DUQUE y F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, que ha sufrido varias modificaciones a lo largo de los años ochenta; a la versión publicada por el Ministerio de Justicia en 1984, ha seguido otra inserta en el *Bol. Inf. Min. Just.*, 1988, enero, suplemento núms. 1478-1479; la última versión ha sido informada favorablemente por el Consejo General del Poder Judicial, con fecha 25 de diciembre de 1991, y se ha publicado por C. LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, III, Madrid, 1994, págs. 85 y sigs.

(25) Vid. referencias en los trabajos de A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las condiciones generales*, cit., págs. 1204-1205; M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*, cit., págs. 226 y sigs., y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 53; sobre estos antecedentes, ofrece información de interés G. ALPA, «Contratti standard dei consumatori: una proposta di direttiva comunitaria», en *Contr. impr.*, 1991, págs. 885 y sigs. Para estudios de Derecho comparado, E. HONDIUS, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, Utrech, 1987; los volúmenes coordinados por J. GHESTIN, *L'élimination des clauses abusives en Europe: essai de droit comparé*, París, 1988, y *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, París, 1991, y V. Rizzo, «Le clausole «abusive»; realtà e prospettive. La Direttiva CEE del 5 aprile 1993», en *Rass. dir. civ.*, 1993, págs. 582 y sigs. Las propuestas de Directiva se han publicado en el *DOCE*. C 243, de 28 de septiembre de 1990, págs. 2 y ss., y C 73, de 24 de marzo de 1992, págs. 7 y sigs., respectivamente; el texto definitivo cit. *supra*, nota 1.

(26) Acerca de este punto, nos permitimos remitir a nuestro estudio «Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea», en *Rev. Der. Priv.*, 1994, págs. 223 y sigs.; *vid.*, además, el volumen a cargo de P. STEIN, *Incontro di studio su il futuro codice europeo dei contratti* (Pavia, 20-21 ottobre 1990), Milán, 1993, en el que se recoge la propuesta inicial de G. GANDOLFI, *Pour un code européen des contrats*, págs. 23 y sigs., así como J. L. DE LOS MOZOS, La propuesta de un Código europeo de contratos del «Convegno di Pravia» vista desde España, en *Congreso Internacional*, cit., págs. 413 y sigs.

predominado una solución de transacción en cuya virtud se marca un nivel mínimo de protección que los Estados miembros pueden superar adoptando disposiciones más estrictas (art. 8), pero la Directiva se ha de cumplir a más tardar, como dijimos, antes del 31 de diciembre de 1994, y las normas de adaptación serán de aplicación inmediata a todos los contratos que se celebren a partir de esa fecha (art. 10). Lo que nos coloca en un plano metodológico de *lege ferenda*, que se sitúa a medio camino entre el Derecho vigente en España, el mencionado Anteproyecto y los distintos criterios de política legislativa para llevar a cabo la referida adaptación.

Dicho esto, comenzamos, pues, con el estudio de la noción comunitaria de los contratos de adhesión.

3. LA NOCIÓN COMUNITARIA DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Como es habitual, la Directiva delimita su campo de aplicación con arreglo a dos criterios, uno subjetivo y otro objetivo; mientras el primero determina los requisitos que han de reunir los contratantes, el último, en cambio, se refiere al tipo de contrato que se pretende regular.

En cuanto al criterio subjetivo, ya sabemos que el texto comunitario comprende solamente las relaciones entre consumidores y profesionales. Es consumidor, a estos efectos, toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y, por el contrario, profesional es toda persona física o jurídica, lo mismo pública que privada, que actúe dentro del marco de su actividad profesional (art. 2.b y c). Dejando a un lado esta doble tautología, el concepto comunitario de consumidor concuerda, en lo fundamental, con la figura del «destinatario final» que define nuestro discutido artículo 10 LCU, sólo que prescinde de la inútil nota negativa de no reintroducir los bienes y servicios de que se trate en otros procesos productivos que discurran en el mercado. Pero se aparta del criterio amplio, que comprende toda clase de adherentes, y por tanto también a los empresarios y profesionales que se han consagrado por el Anteproyecto, al no establecer ninguna discriminación al respecto (art. 1).

No vamos a reiterar aquí las críticas a estos conceptos restrictivos de consumidor final (27), pero conviene hacer algunas precisiones. En primer término, está el problema interpretativo de si el contrato entra o no en la

(27) Las ha puesto de relieve A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Est. Cons.*, 1984, 3, págs. 11 y sigs., y en *Comentarios*, cit., págs. 17 y sigs.; por nuestra parte, ofrecemos una síntesis en «Introducción y noción jurídica de consumidor», en *Documentos consumo*, 1992, págs. 9 y sigs., en especial 18-21.

actividad profesional del consumidor, problema que habrá de resolverse caso por caso; lo que no siempre es fácil, como lo muestran, por ejemplo, los bienes de doble uso —un ordenador, pongamos por caso— que se pueden utilizar al mismo tiempo con fines empresariales y domésticos. Por lo que no parece recomendable establecer distinciones artificiales en el círculo de personas protegidas por la futura ley.

En segundo lugar está el tema de las personas jurídicas consumidoras, respecto de las que parece tan poco justificado distinguir según tengan o no fin de lucro como apartarlas del ámbito de protección (28), sobre todo si se trata de pequeñas sociedades. Como ha estimado el Consejo Económico y Social al dictaminar la Directiva, es aconsejable «que se considere en un futuro muy próximo la posibilidad de prohibir las cláusulas abusivas en todos los contratos, independientemente de que éstos se celebren con consumidores o no, teniendo particularmente en cuenta los problemas experimentados por las PYME» (29). De manera que conviene, en definitiva, mantener en este punto el criterio amplio de la LCU.

En íntima relación con esto, y en tercer lugar, se ha discutido si el concepto legal se puede extender por analogía a los empresarios y profesionales, admitiéndose con ciertas restricciones; de una parte, se la ha limitado al control del contenido del contrato, pero no a las reglas de inclusión y, por otra, se la ha subordinado a la prueba del vacío legal y de la concreta inferioridad que padece el empresario o el profesional (30). Con razón, un especialista belga ha sostenido que la analogía cabe siempre, al menos, cuando el profesional actúe fuera de su ámbito profesional y carezca del poder real para negociar las cláusulas del contrato (31). Aparte de que la jurisprudencia es fluctuante al respecto (32), es de resaltar que, como se ha

(28) Vid. para esto A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Ámbito de aplicación*, cit., págs. 36-37, y en *Comentarios*, cit., págs. 40-41, y M. T. CARRANCHO HERRERO, *El control de las condiciones generales de la contratación y el concepto de consumidor final*, comunicación presentada al *Congreso Internacional*, cit., versión definitiva en curso de publicación.

(29) Vid. el citado dictamen en el *DOCE*. C 159, de 17 de junio de 1991, págs. 34 y sigs., en especial 36, punto 2.3.3.

(30) Así opinan, respectivamente, J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 180 y sigs., y M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 636.

(31) Nos referimos a TH. BOURGOIGNIE, «Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor», en *Est. Cons.*, 1992, 24, págs. 23 y sigs., en particular 26.

(32) Por ejemplo, aunque la STS de 12 de diciembre de 1991 descarta apriorísticamente la cualidad de consumidora de una sociedad de obras y construcciones, la de 26 de mayo de 1986 no se plantea la cuestión en un conflicto entre un agente y una compañía de seguros; tampoco lo hacen las STS de 10 de febrero de 1988 y de 3 de octubre de 1991, relativas a agricultores que sufren daños en sus plantaciones por fertilizantes y plaguicidas.

observado, la ratio protectora de la norma se puede evanescer por la exclusión de los intermediarios, puesto que pueden repercutir el costo económico de las cláusulas abusivas que deben soportar en los consumidores, a la vez que se han recalcado las dificultades a las que se pueden enfrentar si tampoco pueden repercutir dicho costo al proveedor (33). Si se quiere evitar este efecto perverso, es claro que se debe incluir a esta clase de empresarios dentro de los sujetos protegidos por la ley.

En fin, se ha sugerido autorizadamente la solución intermedia de conferir una protección acentuada a los consumidores y dispensar a los empresarios del régimen de las listas y de la legitimación colectiva, e incluso de protegerlos sólo por la vía indirecta del Derecho de la competencia (34). A nuestro juicio, tal solución no se debe compartir. Por un lado, olvida que la experiencia alemana ha revelado, al cabo de diez años, buenos resultados y que los conflictos entre empresarios están bien atendidos por una ley que comprende toda clase de adherentes (35). Por otro lado, la solución aludida no sólo deja sin resolver los problemas que acabamos de apuntar sino que se aparta, sin mucho fundamento, del criterio amplio y acertado acogido por el Anteproyecto (36). Por último, no se compagina bien con el marco constitucional que, aun cuando consagra el principio general de protección

(33) En tal sentido, respectivamente, V. ROPPO, «La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori», en *Riv. dir. civ.*, 1994, págs. 277 y sigs., en concreto 282, y el dictamen sobre la propuesta de Directiva del Consejo Consultivo de los Consumidores, en *Est. Cons.*, 1991, 21, págs. 151 y sigs., en especial 152, punto 1.4.

(34) Se trata de la opinión de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Introducción general del tema (La reforma del Derecho de la Contratación en España)», en *Congreso Internacional*, cit., págs. 237 y sigs., en particular 244-245. Nótese que, en cambio, para C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Trascendencia*, cit., págs. 316-317, el Derecho de la competencia es insuficiente para proteger a los consumidores.

(35) Vid. P. ULMER, «Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas», en *An. Der. Civ.*, 1988, págs. 765 y sigs., en especial 766-767. Es significativo que uno de los promotores de la tutela especial de los consumidores en Alemania, N. REICH, «La réforme du droit des contrats de consommation», en *Congreso Internacional*, cit., págs. 29 y sigs., concretamente 54, parece dar por resuelta la cuestión a favor del criterio amplio de la Ley mencionada.

(36) La versión de 1988 excluía, conforme al modelo alemán, las relaciones entre profesionales o empresarios de la lista «negra» de cláusulas abusivas (art. 26), sobre lo que llamó la atención L. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «El control de las condiciones generales de los contratos», en *La Ley*, 1989, págs. 1013 y sigs., en especial 1018; pero esta limitación ha desaparecido de la versión de 1991. En este sentido, es de resaltar que, a juicio del Consejo General del Poder Judicial, la técnica restrictiva de la LCU es insuficiente y defectuosa, puesto que «la regulación de las condiciones generales de los contratos no afecta solamente a los consumidores, es decir, no es legislación de consumidores, sino legislación sobre contratos, lo que es bien diferente», según refiere M. COCA PAYERAS, «Protección del consumidor y condiciones generales de la contratación», en *Documentos consumo*, 1992, págs. 41 y sigs., en concreto 48-49.

de los consumidores (art. 51), excluye cualquier discriminación (art. 14) y eleva la libertad e igualdad de los individuos y de los grupos (art. 9.2) a un rango de primera prioridad (37). Parece, pues, que la ley de adaptación de la Directiva debe establecer un régimen uniforme, lo mismo para los consumidores que para los empresarios y profesionales.

Por su parte, es menos problemático, aunque mucho más innovador, el criterio objetivo, pues se separa notablemente del que predomina en nuestro Derecho, lo mismo en la LCU que en el Anteproyecto, al centrarse en los contratos de adhesión y no en las condiciones generales a los que éstos se subordinan o someten.

Ante todo, se parte de una noción amplia de contrato, que incluye tanto los contratos transmisivos de cualquier clase de bienes como los que se refieren a toda clase de servicios, o en general prestaciones de hacer o de no hacer, en términos comparables a los del artículo 1.254 del Código Civil; debe tratarse, sin embargo, de contratos bilaterales, onerosos y conmutativos. Sólo se excluyen, por determinación expresa de un Considerando, los contratos de trabajo, las capitulaciones matrimoniales, los pactos sucesorios y los relativos a la constitución y estatutos de las sociedades (Cndo. 10.º).

Por otro lado, se definen los contratos de adhesión como aquellos cuyas «cláusulas contractuales no se hayan negociado individualmente» (art. 3.1), y se considera que dicha negociación no existe cuando la respectiva cláusula «haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido» (art. 3.2.1.º), lo mismo que cuando se ha negociado alguna cláusula aislada, o elementos de la misma, si la apreciación global de las demás cláusulas lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión (art. 3.2.2.º). Por otra parte, la prueba de que la negociación individual ha existido incumbe en exclusiva al empresario o profesional (art. 3.2.3.º). En fin, cabe además, pero no es un requisito esencial, que estos contratos de adhesión se sujeten a unas condiciones generales preestablecidas, las cuales se definen solamente por el hecho de estar «redactadas con vistas a su utilización general» (art. 7.2).

Varias son las consecuencias que se desprenden de estos datos normativos, y acaso la más importante sea que, por contraste con nuestro Derecho, el campo de actuación se expande por la doble vía del contrato de adhesión y de las condiciones generales de los contratos.

En cuanto a los primeros, sabemos que no se contemplan en nuestra legislación, y se ha venido entendiendo, de forma más empírica que normativa, que se trata de aquellos contratos cuyo contenido se integra por unas

(37) Como lo puso de relieve F. DE CASTRO Y BRAVO, *Notas sobre las limitaciones*, cit., pág. 1079.

cláusulas o condiciones generales predispuestas por la parte empresarial, a las que se somete o adhiere el otro contratante (38). De la norma que comentamos, parece desprenderse que ha de haber una redacción escrita previa, pero no es indispensable, como se deduce del artículo 5.º de la Directiva, de modo que estos contratos pueden ser también verbales. Lo esencial es, en cambio, la imposición unilateral al adherente de manera tal que éste no haya podido influir en el contenido. La norma es de aplicación, como se ha señalado, incluso en aquellos casos en que la predisposición unilateral se ha preparado *ad hoc* para un solo contrato, y ello porque no estamos ante un nuevo régimen de los contratos *standard*, o de contenido uniforme, sino de los contratos de adhesión (39).

Por otra parte, es de notar que la existencia o no de negociación es una cuestión de hecho, que depende de la prueba y de las circunstancias del caso; dada la práctica que recordamos precedentemente, se presume que la negociación no ha existido, mientras el profesional, al que corresponde la carga de la prueba, no demuestre lo contrario. El régimen protector de estos contratos se aplica, además, cuando ha habido una negociación parcial, siempre que haya sido insuficiente para imprimir al acuerdo el carácter de un contrato negociado, lo que también ha de presumirse en tanto el profesional no aporte la prueba contraria.

Así, pues, se trata de un criterio amplio que parece aconsejable no modificar y que la ley de adaptación debe limitarse a trasponer, incluso literalmente.

Pero decíamos que la expansión proviene también del concepto de condiciones generales de los contratos. Es sabido que el artículo 10.2 LCU contiene una desafortunada definición, que se ha criticado dura y unánimemente, porque, entendida a la letra, una de dos: o bien es fácil de eludir por el hecho de encargar su redacción a un tercero o, por el contrario, sólo se debería aplicar al supuesto limitadísimo de los monopolios de hecho o de Derecho (40); por eso, es preferible el concepto del Anteproyecto que exige, como señala la Exposición de Motivos, el concurso de estos dos requisitos, a saber: «primero, haber sido redactadas de antemano con la finalidad de servir a una pluralidad de contratos; y, segundo, ser exclusivamente imputable a una de las partes (predisponente) la incorporación de las mismas al contrato» (par. 6). Y ello, según expresa el texto, «con indepen-

(38) Vid. por ejemplo, L. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., págs. 139 y 323-325, y J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II, Barcelona, 2.ª ed., 1987, págs. 32-33.

(39) Vid. en tal sentido V. ROPPO, *op. cit.*, pág. 283.

(40) Así, J. DUQUE, *op. cit.*, págs. 62 y sigs.; M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 627 y sigs.; M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*, cit., págs. 317 y sigs., y J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 112 y sigs.

dencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias» (art. 1).

Es claro que se superan así los defectos apuntados, y que el concepto se extiende a las condiciones redactadas por terceros, a los formularios detallados, a los avisos expuestos al público o impresos al dorso, cualquiera que sea la posición de la empresa en el mercado. Pero es claro también que, frente a la noción comunitaria, el Anteproyecto se muestra todavía algo restrictivo, ya que ésta, como vimos, sólo exige la prerredacción y el destino a la utilización general, sin que se requiera que la incorporación de las condiciones generales al respectivo contrato sea imputable al predisponente. Tal imputación se confunde o coincide, como también vimos, con el requisito de la imposición o de la falta de negociación, que es propio de los contratos de adhesión, pero no de las condiciones generales en cuanto tales. De aquí que el concepto comunitario sea aún más amplio y que para su recepción en nuestro Derecho se deba retener solamente el primero de los requisitos establecidos por el Anteproyecto —la predisposición—, pero no el segundo —la imputación— por estar ya absorbido en el concepto de contrato de adhesión.

Ahora bien, la Directiva no prohíbe todos los contratos de adhesión sino solamente aquellos que sean abusivos o contengan cláusulas abusivas y se ajusten o no, en los términos que acabamos de ver, a condiciones generales propiamente dichas. Debemos pasar a estudiar, pues, las cláusulas abusivas y los distintos mecanismos de control.

4. LAS CLAUSULAS ABUSIVAS Y LOS MECANISMOS DE CONTROL

En efecto, las cláusulas de estos contratos, para ser válidas y eficaces, deben reunir ciertos requisitos externos e internos y superar varios controles, que tienen por objeto verificar en cada caso el cumplimiento de los mismos. La Directiva establece estos cuatro mecanismos de control: Por un lado, el control de inclusión o de incorporación; por otro, el control del contenido, que se desdobra en una cláusula general y en una lista de supuestos sospechosos y, finalmente, la interpretación del contrato.

El control de inclusión se dirige a verificar la transparencia, esto es, asegura que el adherente haya podido aceptar o, al menos, conocer las cláusulas del contrato que se le propone. En consonancia con el carácter no negociado de estos contratos, los requisitos externos son mínimos; cuando consten por escrito, sus «cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible» (art. 5), lo que se extiende a las cláusulas

esenciales —esto es, las relativas al objeto principal del contrato y a la relación precio y calidad— que también deben redactarse «de manera clara y comprensible» (art. 4.2). Se desprende de aquí, como decíamos, que estos contratos se pueden concertar verbalmente; pero, si constan por escrito, que es lo habitual, han de ser transparentes en el sentido indicado. De nuevo estamos ante una situación de hecho que habrá de resolverse en cada caso, atendiendo a las características concretas de los adherentes, por ejemplo, en lo que concierne al idioma.

El punto no presenta serias dificultades de adaptación, tanto por lo que la Directiva dice como por lo que omite. Lo que dice concuerda en lo fundamental con el artículo 10.1 LCU (41), si bien el Anteproyecto es más exigente al requerir aceptación expresa o presunta por parte del adherente (art. 4.1). Lo que omite se refiere a las llamadas cláusulas insólitas o sorprendentes, que se contemplaban en las propuestas iniciales, pero han desaparecido del texto definitivo; se trata de las cláusulas que provocan «una ejecución del contrato significativamente diferente de aquella que el consumidor podría legítimamente esperar» (42). Omitidas también por la LCU (43), se debe acoger el correspondiente precepto del Anteproyecto, que coincide sustancialmente con el que acabamos de transcribir (art. 5.2).

Es en el control del contenido, como es lógico, donde está la clave del régimen protector ya que su finalidad es expulsar del contrato las cláusulas desequilibradas, esto es, las cláusulas que consagran privilegios a favor del empresario o profesional y perjudican, por tanto, de forma injustificada, al adherente o, en su caso, al consumidor. La Directiva establece una cláusula general o «norma en blanco» (*Blanketnom*) según la cual las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, «se considerarán abusivas 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» (art. 3.1). Se trata de una cláusula general porque comprende elementos indeterminados que hay que concretar caso por caso, elementos que son la buena fe, el desequilibrio y la relación existente entre los mismos.

En cuanto a la buena fe, es claro que estamos ante la llamada buena fe objetiva o normativa; como ha señalado hace tiempo mi maestro el Profesor DE LOS MOZOS, este tipo de buena fe impone determinadas normas de conducta, que se basan en la moral imperante y limitan la libertad contrac -

(41) Vid. M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*, cit., págs. 235 y sigs., por todos.

(42) Vid. el art. 2 Propuesta de Directiva, en *DOCE*, C 243, cit., pág. 3, y art. 3 Propuesta modificada, en *DOCE*, C 73, cit., pág. 9.

(43) Vid. sobre este punto J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 241 y sigs., ampliamente.

tual, con la misma eficacia que el Derecho dispositivo, sobre todo en lo que concierne al contenido y al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los contratos (44). Además, en consonancia con la jurisprudencia alemana, la Directiva añade que la buena fe de los empresarios y profesionales exige que traten «de manera leal y equitativa a la otra parte, cuyos intereses legítimos deben tener en cuenta» (Cndo. 14).

Por lo que se refiere al desequilibrio, ha de ser importante y actuar en perjuicio del adherente o consumidor, pero no de la otra parte; para apreciarlo no basta contemplar las prestaciones de los contratantes sino la posición total que les corresponde en la relación contractual hasta la extinción del vínculo obligatorio (45). Como se ha puesto de relieve, esta noción de desequilibrio revela un predominio claro del Derecho dispositivo, pero se trata de un equilibrio jurídico y no económico; por eso, este control no se extiende a las cláusulas esenciales sobre el objeto principal del contrato, ni a la relación precio y calidad, pues ello atentaría contra la libertad de mercado (46). Con todo, no sólo se someten al control de inclusión, como vimos, sino que se puede considerar abusiva una cláusula sobre precio, por ejemplo, que no contemple la facultad de resolución a favor del consumidor, «si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato» (Anexo 1, letra 1).

Por último, en lo que concierne a la relación entre la buena fe y el desequilibrio, la letra de la norma es desconcertante, puesto que da a entender que una cláusula es abusiva sólo por ser desequilibrada, aunque no sea contraria a las exigencias de la buena fe; en otras palabras, una cláusula conforme a la buena fe podría considerarse abusiva si es desequilibrada. Pero no es esta la interpretación que ha prevalecido, sino la contraria, según la cual sólo será abusiva la cláusula desequilibrada que contradiga, además,

(44) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *El principio*, cit., págs. 44 y sigs., y 123 y sigs. Novedad importante —de la que se hace eco la Directiva, como veremos a continuación— es que la buena fe del predisponente en los contratos de adhesión exige que se atiendan los intereses del adherente, como estimó el Tribunal Supremo alemán, en sentencia de 11 de junio de 1979, que cita K. J. ALBEIZ DOHRMANN, «Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales del contrato (art. 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las condiciones generales del contrato - AGBG)», en *An. Der. Civ.*, 1989, págs. 869 y sigs., concretamente 870; para aplicaciones recientes de esta regla, N. REICH, *op. cit.*, págs. 45-47.

(45) Como ha puesto de relieve R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa contractual del consumidor o usuario en la LCU», ahora en *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 180 y sigs., en especial 199-200; opinión que comparten S. DÍAZ ALABART, en *Comentarios*, cit., pág. 253, y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 58; también C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Trascendencia*, cit., pág. 346.

(46) Asimismo, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La defensa*, cit., pág. 201, y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *loc. cit.*; además, J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 138 y sigs.

la buena fe (47); y ello porque, como se ha observado, no es fácil pensar en ejemplos de falta de equilibrio que, a su vez, no sean contrarios a la buena fe (48).

En orden a su recepción en nuestro Derecho, hay que decir que la cláusula general, entendida así, concuerda con las normas correspondientes de la LCU, a la vez que permite superar sus defectos formales (49); y no difiere, en el fondo, del Anteproyecto ya que éste, aunque se refiere sólo a la buena fe, presume que la contradicen las cláusulas que se aparten injustificadamente de los principios reguladores del respectivo contrato o que modifiquen los derechos y obligaciones inherentes a su naturaleza (art. 7.1 y 2). Con todo, parece preferible la fórmula comunitaria, a la que habría que introducir un leve retoque en su redacción para excluir la interpretación que hemos descartado.

Por otra parte, la segunda vertiente del control del contenido consiste en una «lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas» (art. 3.3), constituida por las cerca de veinte hipótesis que figuran en el Anexo de la Directiva, y en cuyo examen pormenorizado no es oportuno que entremos aquí. En términos generales, se refieren a la falta de reciprocidad (Anexo 1, letras *d, e, i, j, k, m, n* y *o*), a la modificación unilateral del contrato (Anexo 1, letras *f, g, h* y *p*), a la garantía de que la cosa, el servicio o el precio responden a las características acordadas (Anexo 1, letras *k, l* y *m*), o se trata de cláusulas modificativas de la responsabilidad (Anexo 1, letras *a, b* y *q*). Se ha señalado que este elenco concuerda sólo en parte con los que aparecen en la LCU y en el Anteproyecto, y que se precisa una profunda labor de coordinación (50). Con todo, la diferencia más importante radica en que en uno y otro texto estamos ante una lista «negra» de cláusulas que se declaran nulas *ex lege*, mientras que el elenco comunitario es una lista «gris» de supuestos que se pueden considerar abusivos según las circunstancias de cada caso. Pero no sería razonable adoptar una lista de esta índole, ni reducir los supuestos que contempla, por estos dos motivos: Primero, porque el texto comunitario consagra una protección de nivel mínimo, que puede ser elevada por el Estado español (art. 8), y segundo,

(47) Vid. en tal sentido V. ROPPO, *op. cit.*, pág. 286; concuerda V. REZO, *op. cit.*, pág. 590. También, conforme a la norma paralela del Derecho francés, J. GHESTIN, *Traite de droit civil, 2. Les obligations. Le contrat: formation*, París, 2.^a ed. 1988, págs. 670 y sigs., en especial 685-686, y J. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, París, 1992, págs. 134 y sigs., en concreto 141.

(48) Lo pone de relieve, con razón, M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *loc. cit.*

(49) Vid. S. DÍAZ ALABART, en *Comentarios*, cit., págs. 253 y sigs., por todos.

(50) Lo ha subrayado R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Introducción*, cit., págs. 241-242, lo mismo que la diferencia que sigue en el texto.

porque esta *reformatio in peius* está vedada por el artículo 51 de la Constitución (51).

El último mecanismo de control es la interpretación del contrato de adhesión, que la Directiva refiere tanto a la inclusión o incorporación de las cláusulas al contrato como al contenido de las mismas. En cuanto a la inclusión, hay que tener en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios, las circunstancias que concurran al momento de la celebración y todas las cláusulas del contrato y de los contratos de que dependa (art. 4.1), así como la apreciación global del mismo para determinar si ha habido negociación suficiente de las respectivas cláusulas (art. 3.2.2.º). Que se trata de una norma relativa a la interpretación, lo pone bien de relieve el notable paralelismo de estos criterios, respectivamente, con los artículos 1.283, 1.282 y 1.285 del Código Civil; norma que no tiene correspondencia en los textos especiales estudiados y que se debe acoger, complementándola, acaso, con el principio de conservación que consagra el artículo 1.284 del citado Código. Lo que permitiría resolver, en el sentido indicado, la polémica doctrinal acerca del momento y de la materia objeto de la interpretación de estos contratos (52).

En sede de interpretación, el control del contenido se lleva a cabo mediante la clásica regla de la interpretación *contra stipulatorem* contemplada tanto por el artículo 1.288 del Código Civil como por la LCU (art. 10.2.20) y por el Anteproyecto (art. 6.2); sólo que la Directiva la acoge de forma invertida al establecer que, «en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor» (art. 5). Se da aquí la paradoja, como se ha destacado, de que la interpretación más favorable al consumidor es la que menos le conviene, puesto que salva la cláusula discutida que, interpretada en un sentido menos favorable, podría ser tal vez declarada nula (53). Con todo, lo importante es que la Directiva consagra el saludable error dogmático —como se ha calificado— de habilitar a los jueces para revisar lo acordado por los contratantes (54), tarea en la que pueden acudir, a nuestro juicio, a los demás

(51) Como lo destaca C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Trascendencia*, cit., pág. 322; en el mismo sentido, anteriormente, M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, «La tutela del consumatore in Spagna», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, págs. 961 y sigs., en concreto 962.

(52) Se trata de determinar, en suma, si la interpretación se extiende o no al control de inclusión; se inclinan por la negativa J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 285 y sigs., y M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*, cit., págs. 234-235; en cambio, opinan en sentido opuesto, y afirman que dicho control resulta de la hermenéutica contractual, L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, en *Comentarios*, cit., págs. 337-338, y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 60, opinión que compartimos.

(53) *Vid.* en este sentido, V. ROPPO, *op. cit.*, pág. 295.

(54) Pone de relieve este pretendido error J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 288-291; comparte esta apreciación M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*, cit.,

medios típicos de la interpretación integradora del contrato (55). Dada la sustancial coincidencia de esta norma con nuestro Derecho, su trasposición no plantea problemas de adaptación por ser compatible con las otras reglas interpretativas de los contratos de adhesión (56).

Así las cosas, estos controles pueden arrojar un resultado negativo y en tal caso las cláusulas abusivas deben ser ineficaces e incluso pueden arrastrar la ineficacia total del contrato; para ponerlos en práctica, se requiere, además, un adecuado sistema de acciones judiciales y administrativas, lo mismo individuales que colectivas, que permitan la oportuna corrección y prevención de las cláusulas de esta índole. Tales son los otros aspectos que regula la Directiva y que pasamos a exponer a continuación.

5. OTROS ASPECTOS DE LA DIRECTIVA

En efecto, la Directiva establece que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor» y que el contrato sigue «siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas» (art. 6.1). Se ha sugerido que se trata de una norma pro *consumatore* porque, suprimidas las cláusulas abusivas, el empresario no puede invocar un desequilibrio en su contra y tampoco puede modificar el contrato o exigir la ineficacia total, salvo que no pueda subsistir sin ellas (57). El problema es determinar, pues, si el contrato puede subsistir o no, una vez que se han suprimido las cláusulas abusivas, lo que depende, a nuestro juicio, de su incidencia directa o indirecta en las cláusulas esenciales del contrato. Dado que la mayor parte de las cláusulas abusivas no son esenciales, como vimos, la subsistencia es la regla general y la ineficacia total, la excepción, que debe probar el empresario o profesional y admitirse de forma muy restringida, puesto que priva al adherente o consumidor del bien o servicio objeto del contrato.

pág. 235, y también M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Las condiciones*, cit., pág. 619, texto y nota 30, si bien advierte que por la vía de la interpretación *contra proferentem* «pueden alcanzarse prácticamente resultados muy próximos a los de un verdadero control», en págs. 639-640, nota 86.

(55) En el mismo sentido, M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, págs. 64-65. Para esta figura, *vid.* nuestro estudio «La interpretación integradora del contrato en el Código civil», en *An. Der. Civ.*, 1987, págs. 495 y sigs.; mantienen concepciones diferentes sobre la misma J. CAFFARENA LAPORTA, «El requisito de la identidad del pago en las obligaciones genéricas», en *An. Der. Civ.*, 1985, págs. 909 y sigs., en especial 921 y sigs., y J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 374 y sigs., concretamente, 394-395, nota 159.

(56) Para estas reglas, *vid.* M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*, cit., págs. 327-329, y J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 298 y sigs.

(57) Así, V. ROPPO, *op. cit.*, pág. 295.

El criterio de la Directiva no difiere del que prevalece en nuestro Derecho y plantea, por consiguiente, problemas semejantes. Es claro que las cláusulas abusivas adolecen de nulidad parcial y «se tendrán por no puestas», como dice el art. 10.4.1.º LCU (58), en lo que concuerda el Anteproyecto (art. 26.1); pero el texto comunitario añade que de ellas se desvincula sólo el consumidor, por lo que la otra parte no está legitimada para invocarla, como ha entendido con acierto nuestra doctrina (59). La norma puede acogerse, pues, sin modificaciones.

Por el contrario, mayor desarrollo exige la regla de la ineficacia total del contrato, sobre todo, para evitar que, a través de una determinada ingeniería del clausulado, el empresario o profesional pueda provocar que la nulidad de las cláusulas abusivas incida en la subsistencia del contrato (60). Entre otros extremos, debe aclararse que se trata de una nulidad, y no de una causa de rescisión (61); que sólo puede admitirse cuando no lesione los intereses del adherente o consumidor (62), y que obliga a la reparación de los daños y perjuicios por ser contraria a la buena fe exigible a empresarios y profesionales (63).

Por otra parte, nada dice la Directiva, ni la LCU, sobre la sustitución de las cláusulas anuladas, esto es, sobre los medios de acuerdo con los cuales se suplen o completan los huecos o vacíos que su anulación deja en el resto del contrato. En términos más técnicos, no se prevén los medios de integración del contenido contractual. Ante este silencio normativo, se ha entendido que el juez puede remodelar el contrato con arreglo al Derecho dispositivo, los usos y, sobre todo, la buena fe, incluso para evitar la nulidad total del mismo (64). Tal es la solución acertada del Anteproyecto, que

(58) Vid. L. H. CLAVERIA GOSÁLBEZ, en *Comentarios*, cit., págs. 336 y sigs.; también el amplio trabajo de M. Ruiz MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1993, especialmente págs. 267 y sigs.

(59) Opinan en tal sentido J. DUQUE, *op. cit.*, pág. 72; M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Las condiciones*, cit., pág. 647, y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 66, entre otros.

(60) Ha recalcado este punto entre nosotros L. CLAVERIA GOSÁLBEZ, *El control*, cit., pág. 1018; «Las condiciones generales de la contratación: Hacia un nuevo Derecho del contrato», en *Academia Sevillana del Notariado*, Madrid, 1988, págs. 147 y sigs., en concreto 157; «Las condiciones generales en la nueva regulación protectora del consumidor», en *Jornadas de Derecho y Consumo*, Puerto de Santa María, 1989, págs. 97 y sigs., en particular 109, y en *Comentarios*, cit., pág. 342.

(61) Como ha resaltado M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, págs. 70-71, en contra de la opinión que sostiene J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 459-461, con base en una discutible analogía con la lesión, que se compagina mal con el planteamiento general del autor sobre el tema.

(62) En opinión de L. H. CLAVERIA GOSÁLBEZ, en *Comentarios*, cit., pág. 343.

(63) En tal sentido, J. DUQUE, *op. cit.*, pág. 72, y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La defensa*, cit., pág. 203.

(64) Se trata de la *communis opinio* al respecto. Vid., con variantes de poco relieve, J. DUQUE, *loc. cit.*; M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Las condiciones*, cit., pág. 648; L. H. CLAVERIA

hace remisión expresa al artículo 1.258 del Código Civil (art. 26.2) y que se debe mantener a la hora de adaptar nuestro Derecho a la Directiva.

Finalmente, por lo que se refiere a las acciones, la Directiva distingue las individuales y las colectivas. Las primeras se ejercen ante el Juez por cada adherente o consumidor *ex post*, esto es, respecto de un determinado contrato de adhesión ya pactado; las últimas, por contraste, son generales, en cuanto corresponden a las asociaciones de consumidores, y preventivas, porque se dirigen a evitar el empleo futuro de cláusulas abusivas (65). Mientras las acciones del primer tipo se concretan en la nulidad parcial de las cláusulas abusivas (art. 6.1), que acabamos de ver, las acciones del segundo tipo, en cambio, consisten en los «medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (art. 7.1). Entre estos medios destaca la legitimación activa de las asociaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores (art. 7.1), y la legitimación pasiva de los profesionales o de sus asociaciones, que pueden ser demandados separada o conjuntamente por cada sector económico (art. 7.3); la controversia puede ser judicial o administrativa y tiene por finalidad la supresión *ex ante* de las cláusulas abusivas que figuran en las condiciones generales de los contratos (7.2).

La recepción en nuestro Derecho de la acción de nulidad no plantea especiales problemas; pero la *class action* comunitaria exige, como se ha puesto de relieve, que se clarifique tanto la legitimación activa prevista por el art. 20.1 LCU, como la legitimación pasiva, que no se ha establecido expresamente (66). Un modelo aconsejable es el seguido por el Anteproyecto, que no sólo consagra las acciones de cesación y de retractación y la respectiva legitimación (art. 27), sino que proclama la eficacia *ultra partes* de la sentencia estimatoria (art. 29), así como el efecto disuasorio que se desprende de su publicidad (art. 32).

6. BREVES REFLEXIONES FINALES

Una vez expuesto en líneas generales el régimen de la Directiva, vamos a terminar, como anunciamos, con unas breves reflexiones finales. Ante todo, está la cuestión permanente de la naturaleza jurídica de los contratos

GOSÁLBEZ, en *Comentarios*, cit., págs. 343-344; J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 442 y sigs., y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 65.

(65) Propone esta distinción V. ROPPO, *op. cit.*, pág. 293.

(66) En este sentido, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Introducción*, cit., pág. 243; sobre los problemas de legitimación, *vid.* J. J. MARÍN LÓPEZ, en *Comentarios*, cit., págs. 548 y sigs.

de adhesión. Es claro que el texto comunitario, igual que la LCU y el Anteproyecto, parten de una concepción contractualista. Es por ello que, en los tres textos, como se ha destacado con razón, el control de inclusión trata de asegurar la aceptación, o al menos el conocimiento, por el adherente; que las cláusulas se someten a reglas de interpretación propias de los contratos, y que las cláusulas abusivas se sancionan con la nulidad parcial (67).

Consecuencia de esto es que la nueva disciplina de los contratos de adhesión se puede extender al Derecho común de los contratos por negociación; en contra de lo que sostiene la Exposición de Motivos del Anteproyecto, no hay razón para que los patrones de valoración deban ser «muy distintos en uno y otro sistema» (pár. 9). En efecto, si la buena fe rige para ambos tipos de contratos, no hay nada que justifique que los contratos de adhesión deban ser equilibrados y que los contratos por negociación puedan, en cambio, no serlo: al margen de un liberalismo excesivo, por el contrario, parece que la protección reforzada de los consumidores y adherentes se debe comunicar a todos los contratantes «débiles» porque, dadas las imperfecciones del mercado, existe la misma ratio para protegerles, al menos, frente a las cláusulas contractuales abusivas (68).

Sin embargo, no se puede negar que esta nueva disciplina difiere del Derecho común; como dijimos, éste se preocupa fundamentalmente del consentimiento de los contratantes y regula los vicios de la voluntad, conforme a una tradición que se remonta a *Lo Codi*, el epitome provenzal del siglo XII (69), mientras que el nuevo régimen se ocupa principalmente del contenido del contrato. Giro que comporta una transformación profunda de la noción de contrato, que ahora, más que descansar en el acuerdo de los contratantes, pasa a ser, como se ha subrayado, una «técnica jurídica de armonización equitativa de conflictos de orden patrimonial», que sirve «para ordenar el circuito económico, provocando un determinado equilibrio» (70), de tipo jurídico, añadiríamos nosotros.

Lo que revela, en el fondo, que el contenido de los contratos no es un asunto exclusivamente privado de los contratantes, sino que interesa tam-

(67) Lo ha puesto de relieve, asimismo, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Introducción*, cit., pág. 246.

(68) En parecidos términos, J. CALAIS-AULOY, «Le droit de la consommation, facteur d'évolution du droit des contrats: l'expérience française», en *Congreso Internacional*, cit., págs. 133 y sigs., en especial 149, y «L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats», en *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, págs. 239 y sigs., en particular 249.

(69) En el que el error, el dolo y la violencia aparecen sistematizados por primera vez en la forma en que hoy los conocemos, según refiere R. SACCO, «Il contratto in generale», en *I cinquant'anni del codice civile*, Milán, 1993, págs. 205 y sigs., en particular 212.

(70) Así opina L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., págs. 159 y 160.

bien a la sociedad. Con todo, desde el punto de vista de la intervención pública en la materia, hay que reconocer que es notablemente menos incisiva que la que existe en otros campos, como puede ser el derecho de propiedad; piénsese, por ejemplo, que la concentración parcelaria, los deberes urbanísticos o las fotocopias de uso privado comprimen las facultades del dominio de forma mucho más profunda que la privación de eficacia de las cláusulas abusivas; y esto es así porque, como hemos visto, la nulidad parcial reconduce el contenido del contrato, en último término, al Derecho dispositivo, que se concreta básicamente en el Código Civil, incluso para los nuevos contratos atípicos (71).

En otro orden de cosas, la Directiva plantea un interesante problema de política legislativa ya que la adaptación se puede hacer por diferentes vías; como se ha señalado, cabe la modificación de la LCU, cabe también la promulgación de una nueva ley *ad hoc* sobre contratos de adhesión o cabe, por último, la reforma del Código Civil para establecer una regulación básica y dejar para leyes especiales, que también podría ser la LCU, el régimen pormenorizado de las cláusulas abusivas y los procedimientos (72). En mi opinión, esta última opción es preferible, pues combina la permanencia y la movilidad; permanencia por acoger en el Código la cláusula general de buena fe y equilibrio —que podría añadirse al art. 1.258—, y movilidad, porque las leyes especiales se podrían ir adaptando a las condiciones cambiantes de la *praxis* negocial.

En fin, surge todavía una última cuestión y, a modo de epílogo, con esto acabo. Si el Estado español no adopta la Directiva antes del 31 de diciembre próximo, ¿se debe aplicar o no en nuestro Derecho? La respuesta a este interrogante no puede ser otra que afirmativa, pues ha de tener eficacia directa e inmediata, al menos, en las relaciones horizontales entre los particulares. Es cierto que se trata de una Directiva, y no de un Reglamento comunitario; pero es conocida la jurisprudencia europea que atribuye tal

(71) Como es sabido, los nuevos contratos atípicos —de nombre anglosajón— no sólo son contratos de adhesión sino que se ajustan a condiciones generales, conforme a la nueva *lex mercatoria* impuesta por el comercio internacional y las grandes empresas multinacionales, como advirtió también F. DE CASTRO Y BRAVO, «El arbitraje y la nueva «Lex Mercatoria», en *An. Der. Civ.*, 1979, págs. 619 y sigs., en especial 666 y sigs. *Vid.* sobre esto, J. M. GONDRA, «Las condiciones generales de los contratos y la protección del contratante más débil en el comercio internacional», en *Estudios Uría*, Madrid, 1978, págs. 233 y sigs.; A. V. M. STRUYECKEN, «La *lex mercatoria* dans le droit des contrats internationaux», en *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, París, 1986, págs. 207 y sigs.; F. GALOANO, «Il contratto nella società post-industriale», en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padua, 1991, págs. 339 y sigs., y las observaciones críticas de M. BIN, «La circolazione internazionale dei modelli contrattuali», en *Contr. impr.*, 1993, págs. 475 y sigs.

(72) Propone estas alternativas R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Introducción*, cit., págs. 245-246.

eficacia a las Directivas, cuando son concretas, específicas y confieren derechos subjetivos. Y sin duda este es el caso de la Directiva que hemos estudiado (73). Buena prueba de ello es que el Tribunal Supremo la ha aplicado ya, en Sentencia de 23 de julio de 1993, para anular una cláusula de sumisión al fuero del predisponente por estimar que, dada la falta de negociación de un contrato de adhesión, tal cláusula era, por ello, abusiva.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho civil

(73) En este sentido, V. ROPPO, *op. cit.*, pág. 302, es categórico cuando afirma que, «a partir del 1 de enero de 1995, la Directiva se podrá aplicar directamente en el Derecho italiano». Muestran cierta reticencia ante el efecto directo horizontal, entre nosotros, J. E. SORIANO, *Reglamentos y Directivas en la jurisprudencia comunitaria*, Madrid, 2.^a ed. 1988, págs. 115 y sigs., en concreto 143 y sigs., y J. A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La protección del consumidor en el Derecho Comunitario», en *Reforma del Derecho Privado*, cit., págs. 25 y sigs., en especial 42. Por eso, hay que resaltar el acertado criterio de la STS que mencionamos en el texto.