

LOS 20 AÑOS DE REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 50-75



Ana Isabel
BLANCO
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de enero de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 03 de febrero de 2013

RESUMEN: El presente trabajo versa sobre la trayectoria de la regulación de las cláusulas abusivas durante las ya dos décadas desde la promulgación de la Directiva europea 93/13/CEE, así como de las consecuencias jurídicas de su transposición en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y del Texto Refundido sobre la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Se aborda la noción de condiciones generales de la contratación y de cláusula abusiva, resaltándose la importancia de ejercer un doble control –de incorporación y de contenido– para garantizar la protección de los derechos e intereses de los consumidores.

Asimismo, se hace referencia a los cambios y modificaciones llevadas a cabo por el legislador en 2011 con la aprobación de la Directiva sobre derechos de los consumidores, que persigue la misma finalidad: la protección de los mismos.

PALABRAS CLAVE: IDirectiva, cláusulas abusivas, condiciones generales de la contratación, contratos de adhesión, control de incorporación, control de contenido.

ABSTRACT: This paper deals with the evolution and development of the unfair terms regulation during the two decades since the enactment of the European Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, as well as with its legal implications in the Spanish legal system.

In this context, the paper explains the concept of general conditions and unfair terms. Also, it highlights the importance of double checking–inclusion test and unfairness test– in order to guarantee the protection of consumer’s interests.

Furthermore, the article refers to the changes carried out with the approval of the European Directive on consumer rights following the same goal: the consumer protection.

KEY WORDS: Directive, unfair terms, general conditions, standard form contracts, inclusion test, unfairnesstest.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN COMO INSTRUMENTO DE LA CONTRATACIÓN EN MASA. 1. Contratos de adhesión: concepto y relación con las condiciones generales. 2. La necesidad de establecer un doble control sobre el uso (o mal uso) de las condiciones generales a) Control de incorporación. b) Control de contenido. III. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. 1. Las condiciones generales: su significado en España. 2. Características de la condición general. a) La contractualidad. b) La predisposición. c) La imposición. d) La generalidad. 3. Condición general v. Cláusula no negociada individualmente. IV. CLÁUSULAS ABUSIVAS. 1. La Directiva 93/13/CEE. 2. Cambios recientes en la regulación de las cláusulas abusivas. a) ¿Qué ha supuesto la nueva Directiva en cuanto a la regulación de las cláusulas abusivas?. b) El Reglamento sobre compraventa europea, ¿supone un paso hacia adelante importante?. V. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN¹

Han transcurrido 20 años desde la promulgación de la Directiva europea 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores², (en adelante, Directiva 93/13).

La Directiva 93/13 representó un hito importante en la política de los consumidores. Este instrumento legal nació como resultado de la iniciativa a escala europea de 1975 para garantizar la tutela de los derechos de los consumidores frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos que se pudieran celebrar con comerciantes o profesionales.

Así pues, esta Directiva supuso, en palabras de la Comisión, “[...] *a pesar de sus lagunas e imperfecciones, un avance sustancial en relación con las legislaciones de*

1 Artículo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MEC/DER2010-17126: “La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del siglo XXI”. Directora: D^a Silvia Barona Vilar.

2 DOL núm. 95, de 21 de abril de 1993.

Para una completa información de la Directiva 1993/13/CEE, véase PAGADOR LÓPEZ, J.: *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

• Ana Isabel Blanco García

Becaria MEC FPI Departamento de Derecho Administrativo y Procesal
Universitat de València

la mayoría de los Estados Miembros. Además, debido a su carácter «mínimo», permitía a estos adoptar o mantener disposiciones más estrictas con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”³. Sin embargo, ha sido este carácter de mínimos el que ha ocasionado que actualmente coexistan, dentro de la Unión Europea (en adelante, la Unión), 27 legislaciones nacionales diferentes de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. Por ello, y durante la última década, se ha desarrollado en Europa un proceso de revisión del acervo en materia de consumo.

Creemos oportuno hacer una breve referencia a la regulación vigente de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, concretamente, el español. Así pues, en España, esta regulación está contenida, por un lado, en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre **Condiciones Generales de la Contratación**⁴, (en adelante, LCGC), que transpuso con retraso la Directiva 1993/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y por otro, en los artículos 80 a 91 del 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**⁵, (en adelante, Texto Refundido de 2007), el cual hace referencia al concepto de cláusula no negociada individualmente en lugar del de cláusula abusiva.

Por otro lado, la Directiva 93/13 expresó la necesidad de permitir el acceso a la tutela judicial efectiva de los consumidores, puesto que buscaba conceder una especial protección a éstos. Para ello, no sólo estableció un mandato para que los Estados miembros de la Unión garantizaran, mediante mecanismos eficaces, dicha protección, sino también dispuso la creación en cada uno de ellos de un Registro público de condiciones generales con efectos *erga omnes*. Este Registro fue desarrollado en España mediante el RD 1828/1999, de 3 de Diciembre, **por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación**⁶. Mediante este sistema se otorgaba la posibilidad a los consumidores de actuar contra las condiciones generales que contravengan las disposiciones legales y menoscaben sus intereses legítimos mediante el ejercicio de acciones judiciales.

Por último, consideramos importante mencionar un movimiento reciente en Europa en relación a la regulación de estas cláusulas, lo que significa que éste es un aspecto que aún hoy en día y tras muchos años, sigue teniendo una especial relevancia en las relaciones con los consumidores. Puesto que, como ya ha quedado

3 COMISIÓN EUROPEA: *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. COM (2000) 248 final, p. 5.

4 BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

5 BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. Concretamente, los contratos con consumidores están contemplados en el Título I, del Libro II del Texto Refundido de 2007 junto con las garantías.

6 BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 1999.

suficientemente probado en la realidad jurídica durante este tiempo, la protección del consumidor; no sólo a nivel nacional sino también a nivel europeo, sigue constituyendo un pilar fundamental de nuestra sociedad.

Por tanto, en Europa, los más de 400 millones de consumidores que la integramos debemos ser protegidos de todos los posibles abusos realizados por las empresas con las que contratamos productos o servicios, especialmente en lo que concierne al contenido de las cláusulas contractuales. Esta protección frente a dichas cláusulas se ha reflejado en el hecho de que **“se ha dictado un importante cuerpo legislativo en toda Europa, no para coartarlas, sino para controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo”**⁷. Este cuerpo legislativo comenzó con la aprobación de la Directiva 93/13 y continúa en nuestros días.

Actualmente, el creciente interés del legislador europeo en la protección de los consumidores ha quedado patente mediante el desarrollo de dos estrategias legislativas llevadas a cabo durante la última década. Estamos hablando de la iniciativa de crear un Derecho contractual europeo y de la revisión del acervo comunitario en materia de consumo, que han dado lugar, respectivamente, a la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea⁸ y a la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores⁹.

II. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN COMO INSTRUMENTO DE LA CONTRATACIÓN EN MASA

La defensa de los intereses de los consumidores ha constituido y constituye una de las grandes preocupaciones de la sociedad, teniendo en cuenta que el consumidor se erige como la parte débil del contrato, dado que su poder de negociación sobre el contenido contractual es prácticamente nulo. Esta protección de los consumidores cobró una especial relevancia desde que comenzó el fenómeno de la contratación en masa, caracterizada por la utilización de formularios-tipo, en cuya elaboración no puede influir el consumidor; y también por la incorporación de las nuevas tecnologías como Internet en la celebración de los contratos.

En el sistema de contratación en masa al que nos estamos refiriendo, los contratos están más o menos estandarizados o predispuestos por una de las partes, normalmente el empresario. Así pues, estos comerciantes hacen uso de los denominados “contratos de adhesión” en sus relaciones comerciales con consumidores. Es este tipo de contratación el más utilizado en el ámbito de consumo, puesto que conlleva, por un lado, ciertas ventajas económicas derivadas

7 STS, Sala de lo Civil, núm. 1084/1998, de 13 de noviembre (B.D.Aranzadi-Westlaw RJ 1998/8742), FD 2°.

8 COM (2011) 635 final, de 11 de octubre de 2005.

9 DOUE de 22 de noviembre de 2011.

del ahorro de los costes de elaboración de los contratos, y por otro, el incremento de la seguridad jurídica.

Todas estas ventajas se derivan del hecho de que, con un clausulado homogéneo, es posible establecer con anterioridad los riesgos y la posible responsabilidad derivados de la actividad empresarial, lo que disminuye, a su vez, el riesgo jurídico.

I. Contratos de adhesión: concepto y relación con las condiciones generales

Los contratos de adhesión, tan característicos de la contratación en masa, se pueden definir como aquellos contratos elaborados de forma unilateral, que se ponen a disposición del consumidor para que éste simplemente se adhiera¹⁰, es decir, éste se limita a dar su consentimiento en los casos en que quiera adquirir el bien o el servicio, no disponiendo de capacidad para negociar el contenido del clausulado contractual, lo que puede conllevar una situación de desequilibrio en el régimen de derechos y obligaciones entre ambas partes.

Asimismo, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español, por contrato de adhesión ha de entenderse aquél en que la esencia del mismo, y sus cláusulas, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptarlas o no. En otras palabras, en un contrato de adhesión se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). Así, esta libertad contractual viene limitada debido a que el consumidor no puede intervenir en la elaboración del contrato, esto es, no tiene la posibilidad de modificar el contenido contractual.

Así pues, si el consumidor se encuentra ante un contrato de adhesión, simplemente tiene la opción de adherirse o no al mismo, pero no de negociar las condiciones generales que lo integran. Esta adhesión o aceptación por el consumidor del contenido contractual queda reflejado mediante su firma en el mismo. Sin embargo, la realidad práctica ha puesto de manifiesto la necesidad de regular el contenido de dichas cláusulas predispuestas o no negociadas individualmente por las partes, puesto que en numerosas ocasiones éstas pueden llegar a ocasionar un grave desequilibrio o perjuicio al consumidor.

En relación a esta situación y como muy bien ha descrito la doctrina, ***“la consideración de abusivas de ciertas cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad implica***

10 Véase, VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “El consumidor ante el predisponente en la contratación seriada. Aproximación desde el Derecho europeo y español”, en AA.VV.: *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, dir. por TOMILLO URBINA, J., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 658.

relacionar el fenómeno de la contratación en masa con el debilitamiento de la libertad contractual y, en general, con los límites de la autonomía privada”¹¹.

Con la finalidad última de obtener una protección más eficaz y armonizada de los consumidores que adquieren bienes o servicios mediante su adhesión a contratos redactados por los empresarios, el legislador europeo aprobó la Directiva 1993/13, que tiene por objeto la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas, es decir, busca conseguir una armonización y uniformidad de la normativa referente a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos entre empresarios y consumidores.

Sin embargo, hay una serie de cuestiones que creemos es necesario plantearse lo siguiente: *¿por qué los empresarios utilizan condiciones generales en la elaboración de sus contratos? ¿Por qué los contratos de adhesión son los más utilizados por los empresarios en sus relaciones con los consumidores? ¿Supone la utilización de condiciones generales alguna ventaja para los consumidores o, por el contrario, su uso debilita aún más si cabe su posición dentro de la relación contractual?*

Todas estas cuestiones están íntimamente relacionadas con el funcionamiento de la economía moderna, caracterizada por la contratación en masa mediante contratos de adhesión integrados por condiciones generales que los uniformizan y homogeneizan.

En esta economía moderna, las condiciones generales cumplen una función económica, puesto que, mediante su utilización, los empresarios pueden racionalizar sus operaciones comerciales al haber uniformado el contenido de todos los contratos. Además, como consecuencia directa de esta racionalización, se produce una reducción de los costes derivados de la negociación de dichos contratos.

ALFARO señaló acertadamente que las condiciones generales constituyen un *“instrumento de racionalización vía estandarización: reducen los costes de celebración y regulación de los contratos; favorecen la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial; facilitan la coordinación y hacen posible el cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que ofrece la empresa y contribuyen a la creación de un derecho supletorio y con ello a aumentar la seguridad jurídica de las transacciones”¹².*

11 SERRA RODRÍGUEZ, A.: *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, p.13.

12 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”, en AAVV: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coord. por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Civitas, Madrid, 2002, p. 76.

La unificación del contenido de los contratos derivada de la inclusión de esta clase de cláusulas tiene consecuencias positivas para todos los partícipes en la relación contractual, tanto para el empresario como para el consumidor.

Por un lado, el comerciante puede ver reducidos los riesgos derivados del normal funcionamiento de la actividad empresarial y también los costes consecuencia del tiempo y del personal necesarios para la formalización de los contratos.

Todo esto supondrá, además, la optimización de los recursos de la empresa y la consiguiente mejora de su funcionamiento interno¹³. De esta manera, el proceso de elaboración de un contrato pasa a ser casi automático, en el que el contenido de las cláusulas, a excepción de la prestación y del precio, pasa a ser prácticamente el mismo.

Por otro lado, que los contratos se caractericen por un clausulado uniforme y homogéneo supone para el consumidor que los suscribe un incremento de la seguridad jurídica. Aparte de este efecto positivo, el empleo de condiciones generales supone la eliminación de algunos de los motivos de incertidumbre que suelen ser objeto de disputa.

No obstante, en la utilización de un clausulado contractual uniforme no todo son ventajas, puesto que mediante este proceso semiautomático, los empresarios, haciendo uso de su posición de dominio respecto a los consumidores, pueden incorporar cláusulas que resultan claramente ventajosas para ellos, pero que, sin embargo, suponen, sin ninguna duda, un abuso a los consumidores. Estos consumidores ven cómo su poder de negociación sobre el contenido de los contratos pasa a ser prácticamente inexistente, dado que éste queda reducido a la simple aceptación o rechazo de los mismos, es decir, a su adhesión o no al contrato en cuestión.

Para hacer frente a esta clase de abuso, cada uno de los Estados de la Unión ha desarrollado mecanismos judiciales, administrativos..., con la única finalidad de proteger los legítimos intereses de aquellos consumidores que hayan podido ser menoscabados por la inclusión de cláusulas abusivas.

2. La necesidad de establecer un doble control sobre el uso (o mal uso) de las condiciones generales

En España, estos mecanismos se han desarrollado con base en la Constitución de 1978, concretamente en el art. 51. Este precepto contiene un mandato a los poderes

¹³ Véanse, GARCÍA VILA, M.: *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, Editorial práctica de derecho, Valencia, 2006, pp. 20-22, SERRA RODRÍGUEZ, A.: "Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores", en AA.VV.: *Derecho Privado de Consumo*, coord. por REYES LÓPEZ, M. J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 319, ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 28-36, y NAVARRO CHINCHILLA, J. J.: "Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria", en AA.VV.: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dir. por NIETO CAROL, U., Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 534-536.

públicos que consiste en que éstos deben garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante la protección de sus legítimos intereses económicos. Esta protección debe hacerse a través de procedimientos eficaces.

Además, y específicamente para la protección de los adherentes frente a las cláusulas abusivas, la Directiva 93/13, en el apartado segundo del art. 7¹⁴, otorgó la posibilidad de que los Estados Miembros pudieran elegir cómo hacer efectivos dichos medios, por ejemplo mediante un control judicial o administrativo. Gracias a estos sistemas de control, los consumidores pueden acudir a los órganos competentes para que sean éstos los que determinen si ciertas cláusulas contractuales, elaboradas para su utilización general, tienen carácter abusivo, aplicando posteriormente los medios eficaces para el cese de su aplicación en los contratos.

Concretamente, en España, se optó por la implantación de un sistema de control judicial para determinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales incluidas en los contratos con consumidores. Por ello, se establecieron dos niveles de protección de los consumidores, llevados a cabo en momentos distintos y que han sido regulados por las distintas leyes. Concretamente, el primer control, el de incorporación, está regulado en los arts. 7 a 10 de la LCGC y en el art. 80.1.a) del Texto Refundido de 2007, compartiendo el objetivo de poner en conocimiento del consumidor el contenido contractual. Por su parte, el segundo control, el de contenido, viene establecido en los arts. 80 y 82 del Texto Refundido de 2007, constituyendo el control más directo que sirve para proteger al consumidor del carácter abusivo de las cláusulas incorporadas al contrato.

a) Control de incorporación

Este primer control viene regulado en el art. 5 de la Directiva 93/13 y hace alusión a los requisitos de forma que deben cumplir las condiciones generales para poder formar parte del contrato. De conformidad con el mencionado precepto, **“las cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma de forma clara y comprensible”**. Además, establece unos criterios que servirán de guía en caso de que el sentido de la cláusula no sea del todo claro o comprensible, prevaleciendo en estos casos la interpretación que resulte más beneficiosa para el consumidor:

Este artículo hay que ponerlo en relación con el considerando n° 20, según el cual los contratos han de ser redactados de forma clara y comprensible, pero además, en él se establece que el consumidor debe poder tener conocimiento de dichas cláusulas.

14 Este precepto señala que *“los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas”*.

Por tanto, lo que se establece en este precepto es el principio de transparencia que debe servir de guía para la elaboración de las condiciones generales, siendo además el medio que sirve para controlar si una cláusula debe o no ser incluida en el contrato.

Por otro lado, en la ley española, concretamente en la LCGC, el control de incorporación, continuando la línea de la Directiva 93/13, desempeña una función de publicidad, para que el consumidor adquiriera pleno conocimiento del contenido del contrato que va a celebrar *a posteriori*. Otra característica de este control es que está configurado con carácter general, esto es, resulta aplicable con independencia del tipo de contrato, (a excepción de los excluidos de su ámbito de aplicación), siempre y cuando estén integrados por condiciones generales.

Concretamente, las exigencias derivadas de este control son: la preceptibilidad, la comprensibilidad y la entrega al consumidor de una copia de las condiciones generales aplicables al contrato. Este último requisito no había sido expresamente incluido en la Directiva 93/13, lo que supuso que el control de contenido, tal y como estaba previsto, pudiera resultar insatisfactorio al tener el consumidor que exigir la copia de las cláusulas que iban a integrar el contrato. Por ello, el legislador español, teniendo en cuenta la posibilidad de dictar disposiciones más estrictas, estableció como requisito imprescindible la entrega de dicho documento al consumidor.

En conclusión, estos requisitos cumplen esa finalidad de lograr que el consumidor sea consciente no sólo de las prestaciones sino también de los riesgos y responsabilidades que de ellas derivan.

b) Control de contenido

El control de contenido es un control que se realiza con posterioridad al control de inclusión, siendo además el que determina la existencia del carácter de abusividad de una cláusula.

La Directiva 93/13 hace referencia a diversas exclusiones a este control en su artículo primero. Así, quedaron fuera de su regulación las cláusulas negociadas individualmente, puesto que carecen del requisito de la imposición. Asimismo, se excluyeron aquellas cláusulas contractuales que reflejaran disposiciones legales o reglamentarias y las disposiciones y principios de los convenios internacionales. La razón jurídica de esta exclusión radica en el hecho de que, cuando una cláusula transcribe una norma legal o reglamentaria, carece de sentido someterla a un control judicial para evaluar su contenido, puesto que tiene el mismo alcance y efectos que la disposición a la que se refiere.

Por último, la Directiva 93/13 apartó del control de contenido, en su art. 4, a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. Esta exclusión ha sido muy importante por las repercusiones jurídicas e interpretaciones que del concepto de cláusulas esenciales se han realizado por los distintos Estados Miembros.

En España, dado que no se transpuso esta exclusión, se generó un interesante debate doctrinal y jurisprudencial, que tuvo que ser resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 3 de diciembre de 2010¹⁵, en la que concluyó que, en virtud del art. 8 de la Directiva 93/13, según el cual esta Directiva era una directiva de mínimos¹⁶, los Estados Miembros podían ampliar este control de contenido a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, con independencia de su transparencia. Por tanto, actualmente, en algunos Estados Miembros las cláusulas que versan sobre el precio y la retribución quedan excluidas del control de contenido, mientras que en otros, como España, sí que están sujetas a dicho control.

III. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

La Directiva 93/13 hace alusión al término de cláusula no negociada individualmente, mientras que la ley española contempla la noción de condición general de la contratación. Debido a este hecho, consideramos necesario analizar ambos conceptos, haciendo una breve referencia a sus similitudes y diferencias.

I. Las condiciones generales: su significado en España

Una primera aproximación a la noción de condiciones generales de la contratación la encontramos en la Exposición de Motivos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁷, que establece que una cláusula es condición general cuando está *“predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes”*. Por tanto, fija un concepto basado en la predisposición e incorporación unilateral de estas condiciones al contrato.

Tal y como se ha indicado anteriormente, con posterioridad a esta Ley y con la finalidad de transponer al ordenamiento jurídico español el contenido de la Directiva 93/13, se dictó la LCGC. Esta Ley definía las condiciones generales como *“las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por*

15 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de junio de 2010 – (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo – España) – Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) (Asunto C-484/08). DO C 19, de 24.1.2009.

16 Este carácter de mínimos permite a los Estados Miembros adoptar disposiciones más estrictas que las establecidas en la propia Directiva, siempre y cuando tuvieran como finalidad garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

17 BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984.

una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”, y añade a continuación que “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”.

Atendiendo al contenido de este artículo, se puede señalar que el elemento que caracteriza a las cláusulas de adhesión es que estén redactadas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos dentro de un determinado ámbito comercial de consumo y no el mero hecho de que estén redactadas por una de las partes. Además, según la Directiva 93/13/CEE, es necesario no sólo que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre su contenido, sino que, además, no pueda evitar su aplicación siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trata.

Por tanto, se llega a la conclusión de que las características de una cláusula general son la **contractualidad**, la **predisposición**, la **imposición** y la **generalidad**. Por otro lado, las cláusulas negociadas individualmente son excluidas del ámbito de aplicación de la ley. Esta exclusión se debe a que este tipo de cláusulas no cumplen el requisito de la predisposición. Además, la parte que afirme que la cláusula tipo fue negociada individualmente deberá asumir la carga de la prueba.

Por último, la determinación de si una cláusula es o no condición general debe hacerse individualmente. De esta manera, el hecho de que se hayan incluido cláusulas previamente negociadas por las partes no supone un obstáculo para calificar a las restantes como condiciones generales.

2. Características de la condición general

Desde el principio, y con anterioridad a la Directiva 93/13, ALFARO señaló la presencia de los tres elementos característicos de cualquier cláusula para poder ser calificada de condición general. En primer lugar, debe aparecer el elemento de la contractualidad, puesto que las cláusulas están destinadas a formar parte del contenido del contrato; en segundo lugar, el elemento de la predisposición, ya que están redactadas previamente y unilateralmente al momento de su utilización; y, en tercer lugar, el elemento de la imposición, dado que su aplicación no puede ser evitada por el consumidor si quiere obtener el bien o servicio ofrecido, es decir, son presentadas al cliente sobre la base de **“lo toma o lo deja”**¹⁸.

18 ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, op. cit., pp. 112-116.

Derivado del concepto más reciente de condición general, solamente cabe añadir un elemento a los citados *supra*: el elemento de la generalidad, que se traduce en la necesidad de que dichas cláusulas sean incorporadas a una pluralidad de contratos.

A continuación explicaremos de forma individualizada cada uno de estos requisitos:

a) La contractualidad

Esta característica viene recogida explícitamente en la LCGC, según la cual son condiciones generales de la contratación ***“las cláusulas que hayan sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”***. Así pues, este requisito implica que han de tratarse de cláusulas destinadas a formar un contrato y también a tener fuerza de ley inter partes.

La doctrina mayoritaria¹⁹ indica que sólo aquellas cláusulas cuya validez derive de su propia incorporación a un contrato tendrán la consideración de condiciones generales. Esto implica que las cláusulas que se limitan a reproducir el tenor literal de una norma legal o dispositiva aplicable al contrato no son condiciones generales en sentido legal porque el predisponente no configura en exclusiva el contenido del contrato al introducirla. La razón estriba en que su calificación como cláusula general resultaría irrelevante dado que el régimen jurídico no se modificaría, al no poder ser declaradas ineficaces aun sometiénolas al control de contenido.

Según ALFARO, ***“la clave está en distinguir si la norma dispositiva reproducida en el formulario contractual sería aplicable a falta de regulación expresa, y si es así, la validez de la regla deriva de la propia ley”***²⁰.

b) La predisposición

Tanto la Directiva 93/13 como la LCGC establecen la predisposición como rasgo característico de las cláusulas incluidas en los contratos con consumidores. El término predisposición implica la redacción previa y de forma unilateral de las cláusulas contractuales por parte del profesional. Es decir, que la cláusula haya sido elaborada y redactada unilateralmente por el empresario con anterioridad a la fase de negociación y celebración del contrato y en ausencia de cualquier negociación en cuanto al contenido contractual, lo que comporta que el contrato ya está preparado en el momento de su celebración.

19 ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, op. cit., pp. 116-120 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 1”, en AAVV: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coord. por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Civitas, Madrid, 2002, pp. 105-107.

20 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 1”, en AAVV: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, op. cit., p. 108.

Según ALFARO, el hecho de que las cláusulas hayan de estar predispuestas es **“una consecuencia lógica del hecho de que las condiciones generales se redactan para ser utilizadas en una pluralidad de contratos futuros”**²¹.

c) La imposición

La LCGC establece que son condiciones generales las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, por lo que la imposición se constituye como requisito necesario para que se pueda hablar de condiciones generales.

Este elemento supone que las cláusulas han sido elaboradas unilateralmente por el empresario e incorporadas al contrato a su propia iniciativa, sin la influencia del consumidor en su elaboración y posterior incorporación. El hecho de que el consumidor carezca de cualquier opción de influir sobre el contenido del clausulado es fiel reflejo de su situación de inferioridad frente al empresario.

Por el contrario, si el consumidor ha tenido dicha opción, es decir, ha podido ser partícipe de la elaboración del contenido de las cláusulas contractuales, puede afirmarse que éstas no serán calificadas como condiciones generales en sentido legal al carecer del requisito de la imposición.

No obstante, la exigencia de incorporación unilateral de las cláusulas contractuales por el empresario no es lo único que conlleva la imposición. La Directiva 93/13, en su art. 3.2, y la LCGC en su art. 1.2, señalan que la imposición implica también la inexistencia de una negociación de carácter individual. De esta manera, el consumidor sólo tiene dos opciones, bien contratar conforme a las condiciones preestablecidas o bien renunciar a contratar.

Por tanto, podemos concluir que la adhesión es consecuencia directa de la imposición, es decir, de la ausencia de negociación individual de las cláusulas incluidas en el contrato.

d) La generalidad

La cuarta característica de las condiciones generales es la generalidad. Este requisito se deduce directamente de la expresión **“con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”**. Sin embargo, el debate que aquí se plantea gira en torno al número de contratos mínimo en los que debe incluirse una cláusula para ser considerada condición general. Esto es así porque dicho número no viene determinado expresamente en la Ley. Finalmente, se ha interpretado esta expresión

21 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 1”, en AAVV: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, op. cit., p. 113.

en el sentido de que no es necesario que las cláusulas sean incorporadas en todos los contratos celebrados por el mismo empresario, sino que la finalidad de la elaboración y preparación de dichas cláusulas sea su posterior utilización general.

En la práctica, "es suficiente con que las cláusulas que sean prerredactadas para un número en principio indefinido de contratos, es decir, para una pluralidad de negocios jurídicos"²². Por tanto, se excluye la necesidad de que sean incorporadas a la totalidad de los contratos que el empresario celebre en su actividad empresarial²³.

3. Condición general v. Cláusula no negociada individualmente

El considerando n° 12 de la Directiva 93/13 señala que sus cláusulas se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de regulación individual. De acuerdo con el texto legal, se entiende que una cláusula no negociada individualmente es aquella que ha sido redactada previamente y sobre cuyo contenido el consumidor no ha podido influir, en particular, en los contratos de adhesión²⁴. Así, fue en esta Directiva donde se acuñó este término.

En la legislación española, esta noción de cláusula no negociada individualmente ha sido incorporada en el art. 82.1 del Texto Refundido de 2007, entendiéndose por tales las estipulaciones que no hayan sido objeto de una negociación individual y todas las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. A la vista de esta definición, podemos observar que es una reproducción prácticamente fiel del original art. 3 de la Directiva 93/13, si bien para este caso se añadió la expresión «prácticas no consentidas expresamente».

Al establecer que, además de las cláusulas, también pueden ser abusivas las **prácticas no consentidas expresamente**, el legislador ha pretendido limitar aún más la pretensión del comerciante de, a través del contrato, vincular al consumidor a unos usos habituales de actuar y que, sin embargo, puedan llegar a ser abusivos²⁵. De ahí que entendemos que el legislador ha querido hacer una expresa mención a la necesidad de controlar también las prácticas o usos comunes del tráfico mercantil.

22 MARÍN LÓPEZ, J.J.: "El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación", en AAVV, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dir. por NIETO CAROL, U., Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 137.

23 GARCÍA VILA, M.: *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, op. cit., p. 36.

24 Véase, MARÍN LÓPEZ, J.J.: "El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación", en AA.VV.: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, op. cit., pp. 140-148.

25 Véase, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "Condiciones generales y cláusulas abusivas (arts. 80 a 91)", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. por CÁMARA LAPUENTE, S., Madrid, Colex, 2011, p. 712.

La segunda parte de esta expresión hace referencia al consentimiento expreso por parte del consumidor; o más bien, a que la ausencia del mismo supone la consideración de la práctica como abusiva. Aludir al consentimiento del consumidor es, a nuestro juicio, una cuestión lógica, pero más aún, necesaria. Decimos esto porque el comerciante podría hacer valer estas prácticas, vinculando consecuentemente al consumidor; aun cuando no las hubiera consentido expresamente, al asumir que era suficiente el mero hecho de que las conociera.

No obstante, por el contrario, la ley española que transpuso la Directiva 93/13, la LCGC, no realiza alusión alguna a estas prácticas, sino que habla de condiciones generales de la contratación en lugar de cláusula no negociada, tal y como lo hace la Directiva que teóricamente transpone.

La divergencia entre ambas nociones se concreta en la exigencia de la concurrencia de los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Todos estos elementos son exigidos para calificar una cláusula como condición general, mientras que para hacerlo como cláusula no negociada individualmente, solamente deben darse los requisitos de contractualidad, predisposición e imposición y no así el de la generalidad.

Por tanto, de la noción de cláusula no negociada individualmente establecida en la Directiva 93/13 se observa que ésta exige expresamente la predisposición, (que la cláusula haya sido redactada previamente a la celebración del contrato), y la imposición, (que el consumidor no haya podido influir en el contenido del contrato), e implícitamente, la contractualidad, que se puede deducir sin problema alguno directamente del articulado legal. Sin embargo, en esta definición no se realiza alusión alguna a la utilización por parte del empresario de las cláusulas en una pluralidad de contratos, es decir, la generalidad no constituye requisito para la calificación de una cláusula como no negociada individualmente en los términos fijados por la Directiva.

Por el contrario, toda esta regulación relativa a las cláusulas abusivas dejaría de tener sentido en aquellos casos en los que las cláusulas incluidas en el contrato hubieran sido el fruto de una negociación individualizada entre el comerciante y el consumidor. Esto es, aquéllas cláusulas que han sido objeto de una elaboración conjunta del consumidor y del comerciante.

En este sentido, para poder considerar que una cláusula ha sido negociada, esta negociación ha de ser individual, es decir, debe versar sobre una única cláusula y no sobre todo el conjunto contractual predispuesto. Además, la negociación debe significar que el consumidor ha tenido la efectiva oportunidad de influir en

el contenido del contrato. Para ello, la negociación debe ser seria, efectiva, leal y conforme a la buena fe²⁶.

IV. CLÁUSULAS ABUSIVAS

La contratación mediante condiciones generales permite al empresario racionalizar los recursos de los que dispone, al mismo tiempo que se configura como la base de la promoción de la seguridad jurídica.

Sin embargo, la libertad que posee el comerciante como predisponente a la hora de elaborar el contrato conlleva que, en no pocas ocasiones, incluya determinadas cláusulas que solamente le reportan beneficios a él. Es decir, el comerciante puede llegar a incorporar al contrato cláusulas ventajosas para su posición dentro de la relación contractual en menoscabo de los consumidores. Es en estos casos en los que la seguridad jurídica resulta perjudicada. En la mayoría de estas ocasiones, las condiciones generales presentan una total falta de claridad y concreción, lo que dificulta su comprensión por parte del consumidor.

En otras palabras, es el predisponente quien, beneficiándose del fenómeno de la contratación en masa, incorpora determinadas cláusulas en los contratos que son causa de un grave desequilibrio en los derechos y obligaciones del consumidor, siendo éstas las denominadas cláusulas abusivas.

En este punto, es necesario estudiar su reglamentación en la Directiva 93/13, que trató también de proporcionar las herramientas necesarias para adoptar medidas contra la inclusión de estas cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. También consideramos importante realizar un breve análisis de los cambios que se están produciendo, a nivel europeo, durante los últimos meses sobre este asunto.

I. La Directiva 93/13/CEE

La Directiva 93/13 señala, en su art. 3.1, que *“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”*.

Esta es la noción genérica de cláusulas abusivas que a su vez constituye el primero de los dos sistemas establecidos por la propia Directiva para la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual.

26 PARDO GATO, J. R.: *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión: (análisis legislativo y jurisprudencial)*, Dijusa, Madrid, 2004, pp. 117-121.

De conformidad con esta definición, podemos extraer que una de las características fundamentales de toda cláusula abusiva es la predisposición, puesto que se exige que las cláusulas no hayan sido negociadas²⁷ previamente a la celebración del contrato. Esto supone que es el comerciante el que prepara el contenido contractual al que el consumidor solamente tiene la opción de adherirse en caso de que vaya a contratar el bien o el servicio ofrecido por el comerciante.

Además, observamos que se fijan los dos criterios que servirán de guía para considerar que una cláusula es abusiva: la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones.

Así, el principio de buena fe²⁸ constituye la guía para la conducta del empresario en todas las relaciones que entable con consumidores, puesto que, como predisponente, debe tener en cuenta las expectativas del adherente para la elaboración del contenido del contrato. En la práctica, para considerar abusiva una cláusula, ésta debe ir en contra de las exigencias de la buena fe objetiva, entendida como un *“comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico”*²⁹. Así pues, este principio de buena fe rechaza la posibilidad de que el predisponente, normalmente el comerciante, pueda aprovechar su situación de superioridad en la relación contractual.

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el significado y alcance de este concepto, estableciendo que el principio de buena fe debe ser entendido como el *“cumplimiento de reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida”*³⁰, es decir, se debe *“dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales de los interesados”*³¹.

Aparte del principio de buena fe, esta definición legal añade otro requisito, o más bien, especifica el efecto que debe causar una cláusula para ser considerada abusiva.

27 Según Alfaro, *“el hecho de que una cláusula haya sido negociada individualmente ni es un indicio ni de su carácter equilibrado ni es una exigencia para que podamos afirmar que su aceptación ha sido producto de una decisión libre por parte del contratante”*. ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *“Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas y condiciones generales”*, Anuario jurídico de La Rioja, n.º 4, 1998, p. 59.

28 Véase, BUSTO LAGO, J. M., PEÑA LÓPEZ, F. y ÁLVAREZ LATA, N.: *Reclamaciones de consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor)*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, Sección 2ª.

29 Así lo entiende el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sus Sentencias núm. 914/1995, de 26 de octubre (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 1995/8349), núm. 865/2000, de 2 de octubre (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 2000/8131) y núm. 147/2001, de 22 de febrero (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 2001/2609). Véanse también las SSTs, Sala de lo Civil, núm. 179/1998, de 20 de febrero (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 1998/604), núm. 785/1993, de 23 de julio (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 1993/6476) y núm. 959/1996, de 8 de noviembre (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 1996/7954).

30 Véanse, entre otras, las SSTs, Sala de lo Civil, núm. 179/2000, de 29 de febrero (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 2000/812), núm. 718/2002, de 12 de julio (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 2002/6047) y núm. 37/2003, de 30 de enero (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 2003/2024).

31 STS, Sala de lo Civil, de 22 de marzo de 1994 (B.D. Aranzadi-Westlaw RJ 1994/2564) y SAP Madrid, Sección 1ª, de 10 de octubre de 2002 (B.D. Aranzadi-Westlaw AC 2002/1417).

Este efecto consiste en crear “*un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”³², es decir, que le cause al consumidor un perjuicio desproporcionado. Mediante esta norma, lo que se buscaba era obtener el equilibrio jurídico en cuanto a los derechos y deberes estipulados en el contrato, no en cuanto a las prestaciones de las partes. Así queda también establecido, en el art. 4.2 de la Directiva 93/13³³.

Como se ha podido comprobar, el control de contenido se realiza haciendo uso del principio de buena fe, como medio para alcanzar un fin, a saber, el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.

Por otro lado, el segundo sistema para determinar el carácter abusivo de una cláusula consiste en una lista de aquellas cláusulas normalmente consideradas abusivas.

Esta lista fue incluida en el Anexo de la Directiva como una lista “indicativa y no exhaustiva”, lo que significa que el mero hecho de que una determinada cláusula esté en dicha enumeración no implica necesariamente que sea abusiva, aunque, no obstante, este hecho es un indicador utilizado por los jueces y tribunales para el enjuiciamiento de dicha cláusula. Este dato, creemos, es muy importante tenerlo en cuenta, dado que no se trata de una declaración cuasilegal de cláusula abusiva por hallarse en el Anexo, sino de una enumeración ejemplificativa e indicativa de lo que puede llegar a ser:

En España, el legislador español, gracias al carácter de mínimos de la Directiva, ha incluido en su ordenamiento una lista más extensa de cláusulas³⁴ que en todo caso son consideradas abusivas, mejorándose así el nivel de protección de los consumidores.

2. Cambios recientes en la regulación de las cláusulas abusivas

Tras 20 años desde que se promulgara la Directiva 93/13, es ahora cuando en Europa se ha tratado de adaptar la regulación de las cláusulas abusivas a las nuevas

32 Véase GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Artículo 82”, en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson, 2009, pp. 962-965.

Véanse también las SSTS, Sala de lo Civil, núm. 1084/1998, de 13 de noviembre (B.D.Aranzadi-Westlaw RJ 1998/8742) y núm. 718/2002, de 12 de julio (B.D.Aranzadi-Westlaw RJ 2002/6047).

33 El tenor literal de este precepto es el que sigue: “*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a las 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.*”

34 REYES LÓPEZ, M. J.: *Manual de Derecho de consumo*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 225-234. La autora analiza los tipos de cláusulas abusivas en función de los cuatro criterios de clasificación.

Véase también, SERRA RODRÍGUEZ, A.: “*Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*”, en AA.VV.: *Derecho Privado de Consumo*, coord. por REYES LÓPEZ, M. J., op. cit., pp. 347-360.

necesidades que presentan los consumidores de hoy en día, algo diferentes a los de hace dos décadas cuando se promulgó la citada Directiva. Así pues, el legislador europeo ha tratado de dar una solución global a todos los conflictos que han ido surgiendo a lo largo de estos años y, sobre todo, a las lagunas jurídicas derivadas en parte de la rápida evolución y desarrollo de los mercados.

Concretamente, la nueva regulación trata de hacer frente a los problemas y cuestiones derivados del fenómeno, ya no sólo de la contratación en masa, sino también de la globalización y consiguiente internacionalización de las empresas. Como consecuencia de ello, los comerciantes han buscado y desarrollado sistemas de contratación que pudieran proporcionarles las herramientas necesarias para lograr una contratación más eficiente en términos económicos y, especialmente, que les permitiera llegar a un mayor número de consumidores incluyendo, por supuesto, consumidores de otros países. Por tanto, los comerciantes tratan de actuar en un ámbito territorial que va más allá de sus fronteras nacionales.

Con la finalidad de adaptarse a esta nueva realidad en las relaciones de consumo, se ha promulgado la Directiva sobre derechos de los consumidores y se ha publicado la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea. Ambos instrumentos constituyen el paso más reciente de la regulación de las cláusulas abusivas dentro del ámbito de la Unión. Paso que creemos que es de gran importancia, pero que no será el último en el proceso de mejora y adaptación de la regulación de un tema tan relevante como es el relativo a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

a) ¿Qué ha supuesto la nueva Directiva en cuanto a la regulación de las cláusulas abusivas?

El objetivo general de esta Directiva es el de disminuir la fragmentación jurídica existente entre los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros de la Unión, lo que ayudaría a mejorar el funcionamiento del mercado interior. Esto, a su vez, conllevaría un importante incremento de la confianza de los consumidores, además de una reducción de las reticencias de las empresas a realizar operaciones transfronterizas consecuencia de la disminución de los costes a los que deben hacer frente estas empresas al operar en un marco jurídico menos complejo.

Es decir, esta Directiva se ha elaborado con el propósito de contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la fijación de unas normas estándares y uniformes para aspectos comunes a los contratos, celebrados entre comerciantes y consumidores. Además, presta una especial atención a los contratos a distancia y a los celebrados fuera del establecimiento mercantil, actualmente en auge, garantizándose así un aumento de la competitividad de las empresas, instaurando también un elevado nivel de protección de los consumidores.

El legislador europeo buscaba lograr, mediante esta Directiva, la plena armonización de todos los aspectos fundamentales de estos contratos, aunque, sin embargo, no lo ha conseguido en lo que se refiere a las cláusulas abusivas. Afirmamos esto porque mientras regula con detalle aspectos como el derecho de desistimiento, trata otros de manera superficial, siendo éste el caso de la regulación de las cláusulas abusivas.

Pero esta falta de una exhaustiva regulación no era la que el legislador europeo había previsto inicialmente, puesto que la Propuesta de Directiva de 2008 sí contenía una completa regulación de este aspecto, no sólo de las nociones y requisitos de las cláusulas abusivas, sino que se habían incluido dos listas, siguiendo el modelo ya establecido en la Directiva 93/13. Estas listas son conocidas como la *lista negra*, integrada por cláusulas que debían ser consideradas abusivas en todo caso, con independencia de las circunstancias concretas, y la *lista gris*, conformada por cláusulas presuntamente abusivas.

Sin embargo, inexplicablemente, esta regulación no fue incluida en la versión final de la nueva Directiva, por lo que el objetivo de alcanzar una armonización de máximos en la regulación de la abusividad del clausulado no se ha conseguido.

Así pues, observamos que solamente se ha dedicado un artículo, el 32, a regular las cláusulas abusivas. Concretamente, este artículo introduce un nuevo precepto en la Directiva 93/13 en el que se impone una obligación de información a los Estados miembros, por la cual si alguno de ellos adopta disposiciones que establezcan un régimen más estricto de protección de los consumidores que el establecido en la propia Directiva, deberá comunicarlo a la Comisión, así como de cualquier cambio ulterior:

Además, el legislador europeo ha querido también especificar unas disposiciones en las que el deber de información adquiere una especial relevancia. De conformidad con estas disposiciones, la evaluación del carácter abusivo alcanza también a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración, y el deber de información incluye también aquellas disposiciones que contienen listas de cláusulas contractuales que se consideren abusivas.

En todos estos casos será la Comisión Europea el organismo encargado del control de esta información. Es decir, se asegurará, por un lado, de que la información proporcionada por los Estados miembros de las disposiciones que adopten al amparo de este precepto sean accesibles para ambas partes contractuales, y por otro, de transmitir dicha información a los demás Estados miembros y al Parlamento Europeo, con el propósito de dotar de la mayor publicidad posible a estas disposiciones para así revestir de seguridad jurídica a las relaciones contractuales con consumidores.

Esta modificación ha de ser efectiva antes de que finalice el año 2013, para lo que los Estados miembros deberán incluir este precepto en sus respectivas legislaciones internas vigentes.

b) El Reglamento sobre compraventa europea, ¿supone un paso hacia adelante importante?

Actualmente, además de la nueva Directiva, en Europa se ha publicado recientemente una Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea, concebido como un instrumento optativo de Derecho contractual europeo que pueda ser elegido por las partes como alternativa a las legislaciones nacionales aplicables a los contratos transfronterizos o nacionales.

Este instrumento legal viene a cumplir con el mismo objetivo que la citada Directiva: mejorar el funcionamiento del mercado interior facilitando las compras transfronterizas.

Sin embargo, a diferencia de los otros Reglamentos existentes a nivel europeo, este Reglamento nace como un instrumento de aplicación opcional³⁵ por las partes del contrato, siendo concebido como un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros. Por tanto, serán las partes las que decidan sobre su aplicación o no al contrato que celebren. La expresión “2º régimen” hace referencia a un régimen de Derecho interno, pero que en lugar de haber sido elaborado por el legislador nacional, lo ha sido por el legislador europeo.

Con la finalidad de no menoscabar los legítimos intereses de los consumidores y de no agravar su posición como parte débil, se ha establecido la exigencia del consentimiento expreso por parte del consumidor para la aplicación de este conjunto uniforme de normas. Consentimiento que se realizará mediante una declaración explícita separada de la declaración por la que manifiesta el acuerdo a la celebración del contrato.

Desde el punto de vista del consumidor, el uso de unas normas homogéneas para regular los contratos celebrados con comerciantes de otros Estados Miembros y, en especial, la inclusión de un contenido contractual armonizado para todos ellos, es percibido como una indudable ventaja, esto es, como una marca de calidad.

35 Véanse, HESSELINK, M., RUTGERS, J., DE BOOYS, T.: “The legal basis for an optional instrument on European contract law”, *Centre for the Study of European Contract Law – Working Paper Series*, 2007/04, 2007, encontrado en: <http://ssm.com/abstract=1091119>, RUTGERS, J. W.: “An Optional Instrument and Social Dumping”, *Centre for the Study of European Contract Law – Working Paper Series*, 2006/03, 2006, encontrado en: <http://ssm.com/abstract=969293> y RUTGERS, J. W., SEFTON-GREEN, R.: “Revising the Consumer Aquis: (Half) Opening the Doors of the Trojan Horse”, *European Review of Private Law*, 16, 2008, encontrado en: <http://ssm.com/abstract=1092756>, pp. 427–442.

A diferencia de lo que sucede con la nueva Directiva, este Reglamento sí contiene una completa regulación de las cláusulas abusivas, por lo que en este caso sí se consigue una armonización jurídica de este aspecto.

De toda la regulación que contiene, merece nuestra atención el hecho de que continúa en la línea establecida por la Directiva 93/13, puesto que mantiene, además de los requisitos de forma, las exclusiones al control de contenido de las cláusulas negociadas individualmente y de las cláusulas declaratorias. Asimismo, conserva la exclusión al citado control de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. Es esta exclusión la que podría llegar a suponer que en España se realizara un doble tratamiento a las cláusulas sobre elementos esenciales, puesto que, como ya se indicó anteriormente, la línea jurisprudencial seguida por los jueces y tribunales españoles, (en especial, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia anteriormente citada), era la contraria. Debido a esta diferencia de tratamiento, consideramos que, en la práctica, esta situación planteará problemas en el sentido de que, dependiendo de las normas que regulen el contrato, bien la normativa interna o bien la normativa común de compraventa, las cláusulas relativas a los elementos esenciales podrán ser sometidas o no a control de abusividad. Lo que, en última instancia, supone establecer un mayor o menor nivel de protección de los consumidores frente a este tipo de cláusulas.

Por último, en la Propuesta de Reglamento se ha superado la idea de incluir una lista indicativa, incluyendo dos listas de cláusulas abusivas, una lista negra de 5 cláusulas que serán consideradas abusivas en cualquier circunstancia, y otra gris, de 12 cláusulas presuntamente abusivas.

V. CONCLUSIÓN

La preocupación social por la protección de los consumidores se vio reflejada con la promulgación de la Directiva 93/13.

Esta Directiva trataba de ofrecer una interpretación coherente de los contratos celebrados mediante condiciones generales predispuestas. Si estas condiciones generales son consideradas abusivas, traen como consecuencia el desequilibrio en las relaciones contractuales, puesto que suponen un desplazamiento de los riesgos y obligaciones a la parte débil del contrato, esto es, al consumidor. Así pues, la Directiva inició un camino de mínimos hacia la tutela de la paridad contractual afectada por el uso de las condiciones generales en los contratos.

Sin embargo, suponemos que con una intención de eficiencia, no trata de regular todos los tipos de contratos, puesto que quedaron excluidos de su ámbito de aplicación los contratos societarios, laborales, de familia y sucesorios.

Así pues, el “mal uso” de las condiciones generales al que nos referíamos *supra* da lugar a que el mercado sea menos competitivo, al mismo tiempo que los costes se incrementan. Para evitar o, al menos, limitar que los comerciantes se beneficien de la contratación mediante contratos de adhesión integrados por este tipo de cláusulas, la Directiva impuso un deber de protección de los consumidores a los Estados miembros, mediante procedimientos administrativos o judiciales, con la finalidad de controlar las condiciones generales. Se prevé este control tanto en lo que respecta a la forma como al contenido de las mismas, siendo además, en muchos Estados miembros, como es el caso de España, un control de carácter judicial.

También, respecto al control de contenido, optó por realizar determinadas exclusiones, algunas de ellas muy cuestionadas con posterioridad, como la exclusión a dicho control de las cláusulas sobre elementos esenciales, cuestiones que han quedado dirimidas con los nuevos instrumentos legales europeos que continúan en la misma línea legislativa.

Por último, todas las medidas legislativas que se han venido adoptando hasta la actualidad, especialmente las últimas llevadas a cabo por el legislador europeo, no hacen sino evidenciar el gran interés y el enorme esfuerzo que se ha desplegado en torno a esta cuestión con la finalidad de que las relaciones contractuales entre consumidores y comerciantes sean lo más equilibradas posible.

Pero, a pesar de ello, esta contratación equilibrada continúa siendo, hoy día y tras dos décadas de regulación, una utopía deseable, una meta que aún no se ha alcanzado plenamente pero que, sin embargo, se intenta firmemente conseguir.