



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias del Trabajo

Trabajo Fin de Grado Relaciones Laborales y
Recursos Humanos

Curso académico 2012-2013

**“LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN CON
CONSUMIDORES”**

Tutora: Marta Pérez Escolar

Autora: Teresa Herrero Fuentetaja

ÍNDICE TEMÁTICO

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. COMPETENCIAS A DESARROLLAR.....	6
3. LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA HASTA EL TEXTO REFUNDIDO RDL 1/2007.....	9
4. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	14
5. CONTROL DE INCLUSIÓN O INCORPORACIÓN.....	18
6. EL CONTROL DE CONTENIDO: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	22
6.1. INTRODUCCIÓN.....	22
6.2. CONCEPTO DE “CLÁUSULA ABUSIVA”: ART. 82 TRLGDCU.....	25
6.2.1. Cláusulas no negociadas individualmente.....	26
6.2.2. Prácticas no consentidas expresamente.....	26
6.2.3. Buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones.....	27
6.3. LA LISTA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS: ARTS. 85 A 90 TRLGDCU.....	32
6.4. EFECTOS DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS.....	39
6.4.1. Nulidad Parcial.....	40
6.4.1.1. No vinculación del consumidor.....	40
6.4.1.2. Apreciación de oficio: Sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea, 14-3-2013.....	42
6.4.2. Integración del contrato.....	45
6.4.3. Nulidad Total.....	45
7. CONCLUSIONES.....	46
8. BIBLIOGRAFÍA	50

1. INTRODUCCIÓN

La temática objeto de este trabajo, constituía para mí el estudio de una materia totalmente novedosa, en tanto en cuanto ni desde el punto de vista del conocimiento, ni de la experiencia había tenido relación con este tema. Tan sólo como persona y sin remedio, consumidora a la vez, se despertaba en mí el interés por esta materia.

Los vientos del momento se orientaron a mi favor y la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, con la trascendencia tanto jurídica como social y política que ha tenido, también ha supuesto un acicate para acometer este trabajo, que se ha acrecentado aún más ante la aún más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo.

Desde un punto de vista más general, enclavamos esta temática, en la moderna sociedad de consumo en que vivimos, que exige imperiosamente la protección de la confianza del consumidor.

A principios del S.XX, el orden liberal económico entra en crisis ante la quiebra de sus postulados: la igualdad de las partes, necesaria para seguir sustentando una noción de contrato como acuerdo entre las mismas, se revela como un sarcasmo:

- Inmensas masas que no tienen nada
- Una clase social que detenta la mayor parte de los bienes.

A partir de esta realidad, la intervención del Estado en la vida económica es indeclinable, a partir sobre todo de la 1ª Guerra Mundial.¹

La necesidad de proteger al consumidor surge ante la ruptura entre las partes contratantes del binomio libertad e igualdad que se presuponía en sus actuaciones. El ejercicio de autonomía de sus voluntades se preconizaba ya en el art. 1255 del Código Civil: “Los contratantes pueden establecer los pactos,

¹ Vid. Díez Picazo, L., y Gullón, A., Sistema de Derecho Civil, Vol.II, Tomo I. El contrato en general, La relación obligatoria, 2012, pag.29

cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

Como este ejercicio de libertad e igualdad no se da cuando una de las partes contratantes es el consumidor, es lo que justifica su protección y es el testigo que recoge el Estado como garante protector de esa figura: el consumidor.

Dicha exigencia tiene su fundamento en la actualidad en la propia Constitución, que en su art. 51 garantiza la defensa de los consumidores y usuarios por los poderes públicos, protegiendo su seguridad, salud, así como sus legítimos intereses económicos.

Es nuestra Constitución la que obliga a los poderes públicos a garantizar la protección del consumidor, de ahí que existan normas imperativas que regulen esta materia.

El art. 51 se encuadra en el marco del concepto de Estado social y de Derecho (art. 1.1 de la Constitución) y de la economía de mercado, teniendo en cuenta que, aunque al igual que otros artículos anteriores se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, aquéllos contemplan la vertiente social de la acción de los poderes públicos mientras que éste aborda el fundamento actual de la economía de mercado neocapitalista, basada en la llamada sociedad de consumo, de manera que la protección específica a los consumidores como sostén básico del modelo económico, se convierte en una fórmula de reforzamiento del citado modelo.

Desde este punto de vista, siendo el bienestar social exigencia y meta del neocapitalismo y por ello integrante del actual estado social, la inclusión de la protección de los consumidores en la Constitución parece exceder el campo que le correspondería formalmente por su ubicación en el ámbito de los derechos sociales, que es el correspondiente a la actividad normativa ordinaria de los poderes públicos, para convertirse en un verdadero principio del modelo económico adoptado por la Constitución.

Ahora bien, es éste un principio que opera en forma de límite del modelo de economía de mercado y de libertad de empresa que establece básicamente el art. 38 de la Constitución, límite cuyo fundamento se encuentra en los derechos de los consumidores y en la acción reguladora de los poderes públicos en consonancia con aquellos derechos; en definitiva, el art. 51 viene a intentar equilibrar el modelo de economía de mercado que, basado en la oferta de bienes de consumo, ha propiciado la posición dominante de las grandes sociedades productoras, directa o indirectamente, de dichos bienes con la protección al consumidor frente a la indefensión en que pueden encontrarse en sus relaciones jurídicas con aquellas sociedades.²

El hecho de contratar o no, no sólo va a interesar al consumidor, sino a una sociedad en la que el consumo es una pieza clave de la economía.

Se va a proteger el consumo, como función económica, también como protección a la competencia, en tanto en cuanto ambos son esenciales para el buen funcionamiento del mercado, que es el sistema económico en el que actualmente nos encontramos, la sociedad de consumo, caracterizada por el consumo masivo de bienes y servicios.

En esta sociedad de consumo la mayor parte de la contratación se hace en masa y se realiza a través de condiciones uniformes, preestablecidas o predispuestas por una empresa o profesional e impuestas a sus clientes, consumidores o usuarios, cuando contratan los servicios o bienes, sin posibilidad alguna de modificarlas o discutirlos.

El consumidor se encuentra por tanto, en una posición en la que no puede determinar el contenido contractual, como tampoco sería eficiente que seleccionara las mejores condiciones generales, porque los costes de transacción serían desmesurados.

² Vid. García Martínez, A, Congreso, sinopsis art. 51 CE, 2003, , <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=51&tipo=2>, mayo 2013

Ante esta situación, ha de garantizarse que el consumidor pueda contratar sin someterse a la voluntad de la otra parte.

El contrato que conlleva una negociación previa, (que no forma parte de nuestro trabajo), presume que hay un equilibrio de intereses entre las partes, y aunque persiste en determinados ámbitos, tiende a desaparecer en otros sectores.

Es en estos sectores, como la banca, los seguros, los suministros: agua, gas, electricidad, telefonía, por ejemplo, donde nos encontramos con más frecuencia determinadas cláusulas que alteran o modifican el régimen legal de responsabilidad o de distribución de riesgos, normalmente en perjuicio de lo que se viene en llamar parte contractual débil, que es el consumidor y usuario.

Este es el objeto de este trabajo, profundizar en qué cláusulas de ese contrato que no ha sido negociado previamente, se consideran abusivas para el consumidor o usuario y son por ello nulas de pleno derecho e inaplicables.

Esta generalización está llena de matices, concreciones e interpretaciones, siendo la pretensión de este estudio clarificar el marco en el que se han de configurar las cláusulas contractuales para que no se consideren abusivas.

2. COMPETENCIAS A DESARROLLAR

En la realización de trabajo y en lo que se refiere a la adquisición de competencias específicas, subrayaría sin lugar a duda el dominio de materia jurídica básica y mecánica de análisis, estudio e interpretación de la normativa reguladora, doctrina y jurisprudencia, que le permite posicionarse al Graduado en Relaciones Laborales ante un escenario en el que le inundan diversidad de materias a las que ha de enfrentarse y que son objeto de su trabajo, y donde los conocimientos jurídicos básicos son el denominador común.

Disponer de esas herramientas, de esa base jurídica, le va a posibilitar adaptarse al área de conocimiento que corresponda en cada momento así como a lo largo de

su vida profesional, máxime en la dinámica de cambio normativo tan cortoplacista en la que estamos inmersos.

También destacaría la figura del Graduado en Relaciones Laborales como emprendedor en cualquier iniciativa empresarial tanto como productor de bienes como de servicios y la necesidad de que sea plenamente consciente de la importancia de la relación que ha de mantener con sus clientes, (consumidores o usuarios) y por supuesto del marco legal que va a regular sus relaciones en materia de consumo y que le va a posibilitar mantenerse.

El dominio de esta materia le va a permitir conocer qué y cómo ha de contratar en el desarrollo de su actividad así como los límites que le condicionan y que a la vez le aseguran su supervivencia en el mercado competitivo en el que se encuentra.

Por supuesto ese valor del consumidor o usuario, como cliente, será el que transmita en la dirección y formación de sus empleados, formando parte esencial de la cultura de la empresa.

Respecto a las competencias genéricas instrumentales desarrolladas, destacaría sin lugar a duda la capacidad de análisis y síntesis, organización y planificación, gestión de la información, así como la comunicación oral.

Estas competencias, por ser genéricas, no dejan de ser esenciales e imprescindibles, en tanto en cuanto si no hemos adquirido las mismas, difícilmente nos vamos a poder enfrentar a cualquier proyecto o tarea que se nos presente en nuestra vida profesional, independientemente de su mayor o menor envergadura.

Cuando me refiero a la competencia de la comunicación oral, se despliega tanto en la fase inicial al desarrollar el trabajo con la tutora, como en la final, cuando se realice la presentación ante los miembros del Tribunal correspondiente.

Respecto a la comunicación escrita, sirvan estas 50 páginas para mostrar la adquisición de esta competencia, como ha de servir también para expresar el

espíritu creativo de la autora ante este trabajo personal, singular, único e irrepetible, que el propio transcurrir del tiempo le daría un tono diferente y por supuesto le llevaría, sin duda, a su mejora y perfeccionamiento.

En las competencias personales, destacaría el razonamiento crítico, en tanto en cuanto, el conocimiento y desarrollo de este tema me ha permitido tomar conciencia y poner en valor el lugar que ocupa el consumidor en el marco constitucional y normativo actual, así como en la coyuntura social, política y económica en la que nos encontramos actualmente.

Ese razonamiento crítico, desde lo concreto, y a modo de ejemplo, me va a llevar a una intervención específica en defensa de mis propios intereses como consumidora al haber tomado conciencia de esa cláusula suscrita también en la hipoteca de mi vivienda, digamos un 26 de julio del 2006, que ahora la puedo adornar con el calificativo de suelo y abusiva, y elevarla a la posición que le corresponde, si el Tribunal así lo considera.

Igualmente resaltaría el compromiso ético que se ha podido despertar tras la realización de este trabajo. Por un lado, me ha inclinado a convertirme en cadena de transmisión del conocimiento sobre cláusulas abusivas y sus consecuencias con carácter general en el ámbito de mis relaciones personales y profesionales. Pero también, y esto es lo que realmente me ha impactado, ha sido vislumbrar las consecuencias a las que está llevando la práctica de una de las cláusulas abusivas más habituales, y por ello consentidas, que está suponiendo la pérdida de la vivienda de ya muchas personas que forman parte de esta nuestra sociedad, ciudad e incluso podría llegar a ser familia o amigos.

Esa realidad de la pérdida de la vivienda entendida como necesidad básica e irrenunciable, espacio nido donde la persona ha construido su vida, su historia, su pasado, me gustaría plasmarla en forma de imágenes que consiguieran desvelar el profundo desasosiego en algunos casos y asfixia en otros, que están soportando algunas personas con nombre y apellidos, y antes con domicilio, en nuestra sociedad desarrollada del siglo XXI.

Dentro de las competencias sistémicas, destacaría la experiencia del aprendizaje autónomo al enfrentarme al reto de la realización de este trabajo. Era para mí una materia totalmente novedosa que nada tenía que ver con mis conocimientos previos ni experiencia profesional y me encuentro por una lado con una materia aparentemente muy concreta, pero por otro lado, con una vida prolija y compleja a la vez, como muestra el hecho de la cantidad de doctrina y jurisprudencia que le han dedicado ríos de tinta a este tema.

3. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA HASTA EL TEXTO REFUNDIDO RDL 1/2007.

La legislación de consumo surge de la respuesta del Estado al quebrar el principio de autonomía de la voluntad en perjuicio del consumidor, ante el libre funcionamiento del mercado y, más concretamente a raíz de la comercialización en masa de productos y servicios.

Se rompe el dogma clásico de libertad e igualdad contractual que se deduce del art. 1255 del Código Civil y surge la necesidad de que existan normas imperativas que reequilibren la relación contractual, esto es lo que justifica la necesidad de que el Estado proteja al consumidor.

Esta necesidad de intervención para proteger a los consumidores se manifiesta inicialmente en la propia Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, que en su artículo 51, como principio rector de la política social y económica e informador del ordenamiento jurídico, establece: “ los poderes públicos garantizarán la **defensa de los consumidores y usuarios**, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la **seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos** de los mismos. Asimismo promoverán su información y educación, fomentaran sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles”

En cumplimiento de este mandato constitucional, se promulga la **Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, (Ley 26/84, de 19 de julio)** como así se explica en su propia Exposición de Motivos.

La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, supuso un punto de inflexión en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, ya que contenía una regulación básica del régimen jurídico de la contratación con consumidores.

Esta Ley fue dictada con cierto apresuramiento, como consecuencia del conflicto social que supuso el síndrome tóxico producido por el aceite de colza adulterado, verdadero toque de atención sobre la necesidad de garantizar a los ciudadanos un mínimo de seguridad en relación con el consumo.³

El ingreso en la Unión Europea supuso que nuestra legislación se tuviera que adaptar a la europea y en concreto a la normativa surgida en el ámbito del consumo: la **Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993**, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La Directiva 93/13, fue incorporada a nuestro Derecho interno mediante **la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación**, la cual, a través de su disposición adicional primera, modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, introduciendo el famoso art. 10 bis, que estableció el primer régimen jurídico en nuestro ordenamiento jurídico sobre cláusulas abusivas.

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, regula las condiciones generales de la contratación, estableciendo requisitos y condiciones para su incorporación al contrato. Ya adelantamos, que una condición general puede no ser abusiva, y sin embargo no se puede incorporar al contrato, precisamente, por no cumplir estos requisitos y condiciones exigidos por la Ley.

³ García Martínez, sinopsis art. 51. CE, 2003, , <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=51&tipo=2>, mayo 2013

En su Exposición de Motivos configura la protección de la igualdad de los contratantes como presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales, constituyendo uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual.

Posteriormente, se promulgó la **Ley 44/2006, de 29 de diciembre de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios**, que en su disposición final quinta, habilita al Gobierno, para que en el plazo 12 meses, proceda a refundir en un único texto la Ley 26/84, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que incidieran en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tuvieran que ser refundidos.

Cumpliendo con dicha previsión, finalmente, se promulgó el **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**, (en adelante TRLGDCU). En diciembre de 2009, el Real Decreto Ley 1/2007, fue modificado por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

Este Texto Refundido es fruto de la necesidad de intervención estatal para garantizar la protección de los consumidores y ante la situación del derecho del consumo español previo a la entrada en vigor de este RDL.

La propia naturaleza del consumo sometido a cambios constantes ante el surgimiento de nuevas realidades sociales y económicas lleva a que la normativa que la regule requiera una renovación constante, máxime cuando la ordenación del derecho de consumo se significa por su dispersión normativa y carácter pluridisciplinar, aderezado por el correspondiente reparto de competencias entre

Estado y Comunidades Autónomas.

Se apuesta entonces por integrar sistemáticamente en un mismo texto legal, distinto al Código Civil, buena parte de la legislación estatal sobre protección de consumidores al modo de lo que podría entenderse como un código de consumo, pretendiendo también superar el modelo español inicial y anterior de leyes civiles especiales surgidas a modo de satélites respecto a una de carácter más general que era la Ley 26/84.

Las leyes cuya normativa ha quedado integrada han sido:

- Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.
- La Ley 26/91, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.
- La Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados.
- La Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.
- Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (resultado de la transposición de una directiva comunitaria)

No se han integrado Leyes que no habían sido promulgadas con la finalidad de transponer directivas comunitarias, como:

- La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (no ha sido promulgada con carácter exclusivo para transponer directivas comunitarias, como hemos dicho anteriormente, la directiva 93/13 sí que fue incorporada a través de su disposición adicional primera)
- La Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.
- La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
- La Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos.

Tampoco han sido objeto de refundición estas tres leyes que sí transponían directivas a nuestro derecho interno:

- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo.
- Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Esta labor de reordenación y clarificación realizada sobre las normas refundidas que ha venido a agrupar la antigua Ley 26/1984 y las leyes civiles especiales anteriormente relacionadas realmente no ha sido fácil; el refundidor se ha quedado a medio camino en relación con las posibilidades que le brindó el alcance de una habilitación legislativa; se habría podido crear un texto más coherente en su contenido, más clarificador para el que ha de interpretar o aplicar el derecho y más cercano al principio de seguridad jurídica.

Nos encontramos, con carácter general, ante una normativa dispersa en el ámbito del derecho al consumo, pero si que es verdad, que menos que antes.

Para terminar, reseñar la existencia de una Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos presentada por la Comisión General de Codificación en enero de 2009 que pretende integrar en el CC materias relativas a contratación con consumidores que han sido refundidas, como las condiciones generales de la contratación, las cláusulas abusivas, la contratación fuera de establecimiento mercantil y la contratación a distancia, y también, algunas otras materias que en la actualidad se encuentran al margen del TRLGDCU, que son las relacionadas con las condiciones generales de la contratación y la contratación electrónica.⁴

El TRLGDCU, en su TÍTULO II (artículos 80 a 92) establece el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas.

⁴ Vid. Pérez Escolar, M, "El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿Hacia un código de consumidores?"; Revista Práctica de Derecho de daños, nº 82:, 2010, p.33

Es en este título en el que se incorpora, aclara, refunde y mejora la materia de cláusulas y prácticas abusivas. Podemos apuntar, a modo introductorio:

- El fortalecimiento de la protección del consumidor adquirente de vivienda cuando se precisa el carácter abusivo de las cláusulas que le trasladen gastos que corresponden al profesional, como los impuestos en los que el sujeto pasivo es el vendedor, o los gastos de las conexiones a los suministros generales de la vivienda, con el fin de evitar cláusulas no negociadas que trasladan dichos gastos al consumidor.
- Se incorporan, asimismo, las previsiones tendentes a dar mayor claridad en las modalidades de cálculo del precio de los contratos, evitando la facturación de servicios no prestados efectivamente.
- Se clarifica la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios.

4. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Cada vez va siendo más habitual, cuando hablamos de la contratación en masa, que el contenido del contrato ya haya sido redactado por uno de los contratantes – empresario o profesional- independientemente de que el otro contratante sea consumidor u otro profesional.

Lo ha redactado, con vistas a utilizarlo en una pluralidad de contratos del mismo tipo que vaya a celebrar.

El que llamamos “el otro contratante”, se limita entonces simplemente a aceptar esas condiciones previamente establecidas. Nos encontramos en este caso descrito, ante lo que se llama, indistintamente, contratos de adhesión o contratación por medio de condiciones generales de la contratación.

Una situación típica que nos sirve de ejemplo, es la contratación con una entidad bancaria de la apertura de una cuenta corriente o la concesión de un préstamo. Es la entidad bancaria correspondiente la que establece, a través de un formulario

previamente redactado, las condiciones del contrato, y nosotros como clientes y consumidores en lo único que intervenimos es en firmar ese documento.

Sí será objeto de acuerdo expreso, en el caso del préstamo, por ejemplo, la cantidad a conceder, los intereses a pagar, periodo por el que se concierta el préstamo, forma de amortización, etc. El cliente acuerda estos extremos y acepta todo lo demás, es decir, el clausulado que se le presenta, como inevitable.

Otros ejemplos muy comunes en otros campos, serían:

- Las empresas de comunicación (teléfono, televisión de pago, internet)
- Empresas suministradoras de energía (electricidad, gas)
- Promotoras de viviendas o empresas constructoras dedicadas también a su venta, etc.

El empleo de condiciones generales es la traducción jurídica de la producción, distribución y consumo en masa, y de la unilateralización del mercado. Su utilización es condición de posibilidad y racionalización del tráfico en masa y de la actividad empresarial, cuando el número de contratos a celebrar por una empresa es muy elevado.⁵

Las condiciones generales de los contratos tienen tanto ventajas como inconvenientes. Podemos apuntar como ventajas: la reducción de costes de celebración y regulación de contratos, se favorece la división de tareas entre los miembros de la organización, es posible el cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que ofrece la empresa, etc.

Pero también tenemos que señalar sus inconvenientes, en tanto en cuanto el contenido del contrato ha sido predispuesto por uno de los contratantes, lo que provoca habitualmente un marcado desequilibrio entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del adherente, sobre todo, cuando el que contrata es un consumidor y no otro profesional.

⁵ Martínez de Aguirre Aldaz, Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, 2ª edición 2008, p. 425

Esta situación se agrava cuando el contratante es un consumidor, al concurrir también los factores que se señalan a continuación:

- Factores de índole puramente material: como el formato del documento o tamaño del texto impreso, que dificultan la lectura.
- Factores técnicos: auténtica dificultad para entender el contenido de condiciones generales redactadas en lenguaje excesivamente técnico y oscuro, para alguien profano, no acostumbrado al mismo.
- Factores culturales: hábito de contratar sin leer el clausulado.
- Factores psicológicos: utilización de textos impresos, que parecen por ello intangibles, y sensación de igualdad de trato que es fácilmente confundida con el sentido de justicia.

Todos estos inconvenientes, son los que legitiman la intervención del legislador, cuya misión es precisamente evitar estos perjuicios, sobre todo cuando nos estamos refiriendo a que la otra parte contratante, insisto de nuevo, es el consumidor.

Las fuentes legales del régimen jurídico a que están sometidas las condiciones generales de la contratación en nuestro Derecho son:

- 1) La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y las disposiciones que la desarrollan (LGCG)
- 2) Fuentes que regulan el empleo de condiciones generales en relación con determinados sujetos (destacadamente, los consumidores, principalmente para protegerles frente a las cláusulas abusivas incluidas en condiciones generales: arts. 80 a 91 TRLGDCU, o para determinados contratos, especialmente, el contrato de seguro: art. 3 LCS)⁶

La LCGC se inicia con su artículo 1º, ofreciendo un concepto legal de condiciones generales de la contratación, que le sirve para delimitar su ámbito objetivo de aplicación:

“Son condiciones generales de la contratación, las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia

⁶ Vid. Martínez de Aguirre Aldaz, C. Curso de Derecho Civil II, op.cit., p. 428

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.

Por tanto se han de caracterizar:

1. Contractualidad: destinadas a formar parte del contenido de un contrato; en este sentido, excluye, por ejemplo, los avisos o meras recomendaciones.
2. Predisposición: han sido prerredactadas por obra exclusiva de uno de los contratantes.
3. Imposición unilateral: la incorporación al contrato es exclusivamente imputable a una de las partes, el predisponente; no ha existido negociación individual; el consumidor no ha podido influir sobre su contenido.
4. Uniformidad/Generalidad: están destinadas, (se usan), para ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

No deben considerarse condiciones generales de la contratación las que regulan los elementos esenciales del contrato (prestaciones respectivas cosa o servicio, precio y forma de pago), puesto que sobre ellos sí ha recaído de forma explícita la voluntad del adherente: es precisamente ese bien, por ese precio (o ese servicio, por ese precio), el que se quiere conseguir.⁷

El ámbito Subjetivo, viene determinado por las partes que celebran el contrato, que son:

- Un predisponente: profesional: persona física o jurídica que actúa dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.
- Un adherente: persona física o jurídica.

Para dar solución a los inconvenientes que nos encontramos ante el empleo de condiciones generales, existen 3 reglas:

⁷ Vid. Martínez de Aguirre Aldaz, Curso de Derecho Civil II, op.cit, p. 429

1. Reglas de control de inclusión o incorporación, que establecen los requisitos previos que deben reunir las condiciones generales para formar parte del contenido de un contrato (art. 5 y 7 a 10 de LCGC, y art. 80.1.a TRLGDCU)
2. Reglas de interpretación de las condiciones generales, que establecen criterios de interpretación favorables al adherente (art. 6 LCGC y 80.2 TRLGDCU)
3. Reglas de control de contenido dirigidas a censurar las condiciones generales cuyo contenido sea abusivo: nuestro Derecho establece normas de control de contenido referidas específicamente a las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores (art. 80 y 82 TRLGDCU).

No hay un sistema de control de contenido específico para las condiciones generales de los contratos (más allá de los derivados genéricamente de los art. 6.3 y 1.255 CC), sino sólo para aquéllas cláusulas no negociadas en que el adherente es consumidor.

Podemos concluir diciendo que la regulación legal de las condiciones generales de la contratación protege tanto a empresarios y profesionales como a consumidores y usuarios.

Sin embargo, la regulación de las cláusulas abusivas protege sólo a consumidores y usuarios.

5. CONTROL DE INCLUSIÓN O INCORPORACIÓN.

Siendo el objeto central de este trabajo el control de contenido, éste viene a completar el control previo de incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación, que es lo que vamos a intentar desgranar en este apartado.

Los requisitos previos legales que han de cumplir las condiciones generales para formar parte del contrato, son los que nos van a servir para llevar a efecto el denominado “control de inclusión o incorporación”.

Se refiere a una serie de reglas:

- Requisitos genéricos que deben cumplir las condiciones generales (art. 5

LCGC) y en qué casos unas condiciones generales no se incorporan al contrato (art. 7 LCGC). Se exige:

1. Aceptación del adherente (arts. 5.1 y 7.a. LCGC), que se manifiesta normalmente con la firma del contrato, en el que debe hacerse referencia expresamente a las condiciones generales incorporadas.

Hay que dar la oportunidad al adherente de conocer de manera completa las condiciones generales al tiempo de celebración del contrato (art. 7.a. LCGC).

Cuando las condiciones generales son incorporadas al contrato, no vale la mera puesta a disposición, se precisa una entrega material del formulario en el que se contienen, que además debe ser firmado por el consumidor, si no es así, se considerarán inaccesibles ⁸

Por tanto, ha de constar expresamente en el contrato, por ejemplo: “ La firma de este contrato supone la aceptación de las presentes condiciones....”

Hacemos la siguiente salvedad, respecto a los siguientes contratos:

Los contratos verbales:

- Anuncio de las condiciones generales de la contratación en lugar visible. Por ejemplo, (art. 5.3. LCGC):
 - o “No se admiten devoluciones”
 - o “Pago, sólo en efectivo”
- Insertando en el ticket las condiciones generales de la contratación

Los contratos electrónicos y telefónicos, (art. 5.4. LCGC):

- Que conste la aceptación de todas las cláusulas del contrato sin necesidad de firma convencional.
- Que se envíe al consumidor o usuario el justificante del contrato.

Respecto a las llamadas cláusulas sorprendentes, es decir, aquellas que

⁸ Vid. “ Vilchez,F, Comentario art. 80 TRLGDCU, “Comentarios a las normas de protección de los consumidores”, Colex, 2011, p.699 y 700

sean tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia, por ejemplo la compra de un televisor que añada unas condiciones generales que obligan al mantenimiento de la televisión; en este caso no queda cubierta su aceptación, por lo que se justifica su exclusión (desincorporación)

2. Que las condiciones generales sean transparentes, claras, concretas y sencillas (art. 5.4 LCGC, art. 80.1.a TRLGDCU), de forma que no quedan incorporadas al contrato las condiciones ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (art. 7.b LCGC)

Haciendo uso de los contrarios, vamos a intentar clarificar los términos que han de caracterizar esa redacción de las cláusulas:

- Una cláusula puede considerarse incomprensible:
 - Porque sea semánticamente incoherente.
 - Esté redactada en idioma diferente.
 - Contenga palabras técnicas o de significado diferente al contexto de su uso normal.
 - Ausencia de orden.
 - Pluralidad de remisiones internas, innecesarias, de unas cláusulas a otras.

- Una cláusula puede considerarse inconcreta:

Porque esté formulada genéricamente. Por ejemplo, en los contratos de crédito: “vencimiento anticipado del crédito por incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones”. En este caso la diferencia de incumplimiento pudiera ser abismal, cuando las consecuencias son iguales. No es lo mismo no cumplir la obligación de domiciliar la nómina que no pagar las cuotas de amortización.

- Una cláusula puede considerarse ilegible:
 - Tamaño
 - Tipografía inusual

- Color no contrastado
- Calidad deficiente de impresión⁹

La contravención de las reglas definidas anteriormente puede tener dos consecuencias aparentemente distintas:

- La no incorporación al contrato (arts. 5 y 7 LCGC).
Se extiende también a las cláusulas sorprendentes, así como a las condiciones generales que contradigan una particular, siempre que aquéllas no sean más beneficiosas para el adherente.
- La nulidad de la condición general de que se trate, cuando contradiga lo dispuesto en la LCGC, o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, régimen al quedan sometidas, en especial, las cláusulas abusivas en contratos con consumidores (art. 8 LCGC).

Tanto en el primero como en el segundo caso, la condición afectada se tendrá por no puesta.

Las consecuencias de la declaración de no incorporación o de nulidad de alguna de las condiciones generales del contrato, son:

- Si afecta al contrato en su conjunto:
 - En caso de que la nulidad o no incorporación afecte a alguno de los elementos esenciales del contrato, será nulo el contrato en sí mismo. (art. 9.2 LCGC)
 - Si el contrato no pudiera subsistir sin las cláusulas nulas o no incorporadas, será ineficaz. (art. 10.1 LCGC)

En estos casos, existirá un derecho del adherente a ser indemnizado por los perjuicios causados como consecuencia de la nulidad o ineficacia del contrato.

- Si no afecta al contrato en su conjunto pero hay que reparar el vacío dejado

⁹ Vid. Pertíñez Vilchez, F, comentario al art. 80 TRLGDC, "Comentarios a las normas de protección de los consumidores", op.cit., p.699 y 700

por la cláusula declarada nula o no incorporada.

- Habrá de integrarse conforme a lo dispuesto en el art. 1258 CC.

6. EL CONTROL DE CONTENIDO: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

6.1. INTRODUCCIÓN

El objeto principal de este trabajo, como ya hemos apuntado, es en puridad, el control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, el cual se articula legalmente en tres niveles, de mayor a menor abstracción:

1. Habrá de responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 80.1.c TRLGDCU)
2. Aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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, se considerarán cláusulas abusivas (art. 82.1 TRLGDCU)
3. Se considerarán cláusulas abusivas en todo caso las cláusulas contenidas en los arts. 85 a 90 TRLGDCU, - art. 82.4 TRLGDCU-.¹⁰

Cuando se habla de control de contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, se alude a un control de legalidad que comprueba su validez por contraste con unas normas específicas más exigentes que las que de manera general controlan la validez de los contenidos contractuales. Este control va más allá del que ejercen los límites generales del artículo 1255 CC¹¹: “Los contratantes

¹⁰ Vid. Martínez de Aguirre Aldaz, C., Curso de Derecho Civil II, op.cit, p. 437.

¹¹ Vid. Miquel González, J.M, comentario art. 82, “Comentarios a las normas de protección de los consumidores”, Colex, 2011, p.714

pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

Para que una cláusula se pueda considerar abusiva, tienen que confluir los siguientes elementos:

- Contratos entre empresarios y consumidores
- Ha de tratarse de condiciones generales, cláusulas predispuestas o prácticas no consentidas expresamente. (Se excluyen los acuerdos individuales, estos están sometidos a los límites generales de la autonomía privada, art. 1255 CC)
- No superar el control de contenido establecido en el art. 82 y 85 a 90 del TRLGDCU.

Podemos decir entonces, que, las cláusulas abusivas se definen:

- Por los sujetos
- Por el procedimiento contractual (predisposición)
- Por el contraste de su contenido con los parámetros normativos contenidos en los art. 82 y 85 a 90.

El control es preciso por el déficit de libertad contractual del consumidor relativa al contenido predispuesto del empresario.

El contenido medular del contrato no se puede confundir con el del control de las condiciones generales y cláusulas predispuestas. A ese contenido medular o elementos esenciales del contrato es hacia donde los consumidores deben dirigir su atención y elegir entre los competidores. En realidad, las condiciones generales que no se refieren a ese contenido medular, aunque hayan sido conocidas y aceptadas no vinculan si no superan un control diferente del que imponen las reglas imperativas y los demás controles generales de la autonomía privada, porque además han de ser conformes con el Derecho dispositivo. Esto es precisamente lo singular.

Al consumidor no se le puede imputar el contenido del contrato por haberlo consentido o podido conocer, sino solamente en la medida en que sea equilibrado.

El control, es un control de legalidad, no un control de contenido sobre extremos como los precios, no sometidos a disposiciones jurídicas. No sólo los jueces aprecian la nulidad, sino también los funcionarios dentro de sus competencias (Notarios, Registradores, funcionarios competentes en imposición de sanciones)

El control de contenido debe distinguirse por tanto, del control de incorporación y también del de interpretación. El control de contenido de condiciones generales y cláusulas predispuestas debe distinguirse:

- De controles generales de contenido (art. 1255 CC)
- Del control de ejercicio de los derechos (art. 7 CC)
- De puntuales limitaciones de la libertad contractual¹²

Es inviable encontrar en la ley un control de contenido referido a los elementos esenciales del contrato.¹³ El art. 4.2 de la Directiva indica al legislador nacional que no establezca un control de contenido de los elementos esenciales, salvo en lo relativo a su transparencia. Así se expresa el art. 82 del TRLGDCU, en coherencia con la Directiva, en el sentido de que el control se refiere a los derechos y obligaciones de las partes y no al equilibrio de las contraprestaciones.

Los acuerdos sobre elementos esenciales negociados individualmente quedan excluidos del control por disposición expresa de la ley (art. 82 TRLGDCU)

Si constan en condiciones generales o en cláusulas predispuestas quedan excluidos de control, porque no hay ninguna norma en la trasposición de la Directiva que lo establezca, y por una interpretación integradora del TRLGDCU con el art. 4.2 de la Directiva corroborado con el texto del art. 82 que ya no habla de contraprestaciones, sino de derechos y obligaciones.

El equilibrio económico entre las contraprestaciones queda excluido de control en

¹² Vid. Miquel González, J.M., comentario art. 82, "Comentarios a las normas de protección de los consumidores", op.cit., p.719

¹³ Vid. Miquel González, J.M., comentario art. 82, "Comentarios a las normas de protección de los consumidores", op.cit., p.722

la ley española y en todas las europeas, porque no hay ninguna norma que lo permita.

Por tanto podemos decir, que la idea básica para justificar la exención de control no es que el precio haya sido negociado o no, sino que respecto de él debe funcionar la competencia. Su cuantía queda remitida a los mecanismos del mercado y su control, en caso de fallo de la competencia, a otras reglas.

No hay un control de precios o de la equivalencia objetiva de las prestaciones de las partes.

La protección a los consumidores frente a condiciones generales o cláusulas predispuestas no consiste en un control de equilibrio económico sino jurídico.

La exclusión de los elementos esenciales del control de contenido de la Ley 26/84 General para la defensa de consumidores y usuarios, no significa que no estén sometidos a los controles generales del art. 1255 del CC y a la Ley de represión de la usura

6.2. CONCEPTO DE “CLÁUSULA ABUSIVA” : ART. 82 TRLGDCU

La definición de cláusula abusiva la encontramos en el artículo 82 del Texto Refundido, que en su punto 1, expresa: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas **estipulaciones no negociadas individualmente** y todas aquellas **prácticas no consentidas expresamente**, que **en contra** de las exigencias de la **buena fe** causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un **desequilibrio** importante de los **derechos y obligaciones** de las partes que se deriven del contrato”

Vamos a intentar profundizar en los elementos que conforman este concepto, con la finalidad de que seamos capaces de analizar si nos encontramos o no ante una cláusula abusiva en un contrato con consumidores o usuarios.

6.2.1 Cláusulas no negociadas individualmente

El Art. 80 del TRLGDCU, regula los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores y usuarios.

Este concepto incluye¹⁴:

- las condiciones generales de la contratación
- así como aquellas cláusulas que no sean strictu sensu condiciones generales de la contratación al no haber sido redactadas con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos.

Digamos que las condiciones generales de la contratación, serían un tipo concreto, (el más abundante) de cláusulas no negociadas individualmente.

Serían por tanto, requisitos comunes a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente, la contractualidad, la predisposición y la imposición y la cuarta característica, que es la de que las cláusulas predisuestas estén destinadas a ser incorporadas a una pluralidad de contratos, es propia sólo de las condiciones generales de la contratación.

6.2.2 Prácticas no consentidas expresamente

Precisamente este es el único concepto inexistente en el reproducido art. 10 bis de la LGDCU (Ley 26/84 General para la defensa de consumidores y usuarios, vigente hasta 1-12-2007)

Se pretende desautorizar la aplicación de usos o modos habituales de proceder como reglas contractuales, aunque no hayan sido incorporadas al contrato.

Es un concepto que introduce la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y nos viene a decir, que el consumidor no puede quedar vinculado por el mero hecho de conocer dichas

¹⁴ Pertíñez Vilchez, comentario al art. 80 TRLGDC, "Comentarios a las normas de protección de los consumidores", op.cit., pag 697

prácticas o consentirlas tácitamente.

Está censurando el hecho de invocar prácticas de la empresa o usos mercantiles para regular o interpretar el contrato.

Hay ciertos usos o prácticas habituales de la empresa que no pueden integrar el contrato:

- si son contrarios a la regla del artículo 82 .1
- si son contrarios a las reglas del artículo 85 a 90
(la invocación de los usos que hace el art. 1258 del CC para integrar el contrato, también queda excluida cuando esos usos puedan ser calificados de abusivos según la ley)¹⁵

Parecería que el consentimiento expreso de esas prácticas determina que quedan exentas de control. Esto sólo puede aceptarse si ese consentimiento expreso se equipara a un acuerdo individual, porque en otro caso dichas prácticas quedarían sometidas al mismo control de las cláusulas abusivas.

No hay que olvidar que los acuerdos individuales también están sometidos a las normas imperativas y en los artículos 85 a 90 también hay normas imperativas generales.

Por tanto, aunque las prácticas hayan sido consentidas expresamente, equivalentes a un acuerdo individual, quedan sometidas a las normas imperativas generales donde quiera que estas se encuentren.

6.2.3 Buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones

La idea clave a destacar, es el respeto a la esencial igualdad de los contratantes lo que debe mantenerse cuando se apela a las exigencias de la buena fe, ya que su libertad no es la que determina el contenido contractual, debe determinarlo su igualdad.

¹⁵ Vid. Miquel González, J.M, comentario art. 82, "Comentarios a las normas de protección de los consumidores", op.cit., p.713

Conforme al art. 3.1. de la Directiva, las cláusulas son 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 (en parecidos términos se expresa el art. 82.1 del TRLGDCU)

Por tanto, los dos parámetros para medir la abusividad son: la buena fe y el equilibrio entre derechos y obligaciones entre las partes. Este último es un presupuesto necesario, sin desequilibrio la cláusula no es abusiva.

Se habla de un equilibrio jurídico, no económico entre las prestaciones (equivalencia entre objeto y precio), no hay que comparar los derechos y obligaciones de las partes, sino que la comparación ha de hacerse con el derecho dispositivo.

Hay desequilibrio, no cuando los derechos y obligaciones de las partes son distintos, sino cuando se separan de manera importante del derecho dispositivo, y en perjuicio del consumidor.

Cuando hablamos del derecho dispositivo, nos referimos al conjunto de reglas jurídicas que se aplicarían si no existieran cláusulas predispuestas, lo que remite a la ley (dispositiva), los usos y la buena fe (art. 1258 CC).

La buena fe está relacionada con el procedimiento empleado para la creación de las cláusulas, que en el caso de las cláusulas predispuestas, al no haber negociación de contenido e imponerse las cláusulas al consumidor, la buena fe sirve para controlar ese contenido y que no satisfaga en exclusiva el interés del profesional.

El equilibrio de derechos y obligaciones es la meta perseguida por el control de contenido y la buena fe el criterio para medir ese equilibrio.

Ese equilibrio perseguido por el control de contenido es un equilibrio jurídico relativo a los derechos y obligaciones, no un equilibrio económico entre las prestaciones, es decir, no se refiere a la equivalencia entre objeto y precio.

Una parte de la doctrina entiende que el equilibrio jurídico es también económico, por tanto podemos poner de manifiesto la sutileza de los límites del control de contenido y la necesidad de afinar los criterios para distinguir en las condiciones generales o cláusulas predispuestas, lo controlable de lo exento de control.

Esta disposición legal del art. 82.1, es una cláusula general legal caracterizada por no describir un concreto supuesto de hecho, lo que hace es remitirnos a principios o conceptos muy generales que necesitan de concreción. Son herramientas que el legislador pone a disposición de los aplicadores de la ley para que con ellas puedan subsanar la falta de previsión legislativa que dé cobertura a la casuística que se presenta en la realidad y le permite resolver esta situación con la aplicación de principios y conceptos generales, por ejemplo, utilizando la analogía, la integración u otros criterios valorativos legales.

Un concepto de cláusula abusiva que sólo piense en el contenido es incompleto y da lugar a equívocos. Se trata de un concepto propio de la Directiva 93/13 que es relativo, porque depende no sólo del contenido, sino también del procedimiento, del contexto contractual y de si una de las partes es empresario y la otra, consumidor.

Es contraria a la buena fe la falta de transparencia sobre los elementos esenciales con independencia de su equilibrio, porque este equilibrio no es controlable.

La buena fe, en el art. 82 está en relación con la utilización de un procedimiento contractual consistente en la predisposición. Cuando se trata de cláusulas negociadas, la buena fe no es criterio de control de su contenido, porque pesa ante todo la libertad contractual y la buena fe en ese contexto de cláusulas negociadas obliga ante todo a cumplir lo pactado.¹⁶

La cláusula general de la buena fe y equilibrio entre los derechos y obligaciones, es una disposición de la ley, que significa, más que mera remisión a un conjunto de reglas morales o sociales, un instrumento legislativo para el descubrimiento,

¹⁶ Vid. Miquel González, J.M, comentario art. 82, "Comentarios a las normas de protección de los consumidores", op.cit, pag. 737

obtención y formulación de reglas jurídicas inspiradas en los valores del Ordenamiento, operando sobre normas ya formuladas y corrigiendo o completando su formulación, para la consecución de una finalidad de política legislativa definida por la Constitución y por el Derecho europeo, como es la protección de los consumidores.

No es simplemente un programa, sino una finalidad cuya realización la ley ordena obtener mediante la aplicación de un precepto tan general que merece la denominación de cláusula general legal.

El Considerando 16 de la Directiva, señala que la buena fe exige llevar a cabo una evaluación global de los intereses en juego, hay que tomar en consideración los intereses del consumidor y su confianza legítima en que el contrato era adecuado para alcanzar el fin previsto. Los profesionales pueden cumplir la exigencia de la buena fe, tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta.

La buena fe del art. 3.1 de la Directiva (y el art. 82.1 TRLGDCU) no es la buena fe subjetiva. No es necesario que el empresario pretenda engañar, ni que sepa que la regla impuesta en la cláusula se separa de manera importante del derecho dispositivo, basta con que se produzca ese desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, y que no haya razón que justifique semejante desviación del derecho dispositivo.

Por último y desde ese concepto relativo de cláusula abusiva hay que atender no solo a la dicción literal de la cláusula en si misma considerada sino también, (art. 4.1 de la Directiva y 82.3 del TRLGDCU):

- a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato.
Por ejemplo, una cláusula puede imponer una duración de 10 años en un contrato de mantenimiento de maquinaria o suministros especializado, teniendo en cuenta la dificultad para su planificación y medios necesarios para llevarlo a efecto.

- a las demás cláusulas del contrato (o de otro contrato del que éste dependa).

Por ejemplo, la duración de una prórroga de 5 años en contrato de mantenimiento de ascensores, por sí sola, puede no ser abusiva y un plazo de preaviso de 90 días tampoco, pero sí lo es la vinculación entre ambas.

- a las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración.
Son relevantes todas las circunstancias, no sólo en el estricto momento de contratar, sino también en el período previo. Será abusiva una cláusula según la cual “la falta de uso del equipo por motivo de reparaciones no eximirá al arrendatario de atender al pago de la renta mensual, cuando en la oferta publicitaria se incluya el mantenimiento del equipo”.

Esto es una concreción de la buena fe, pues se trata de circunstancias que justifican o no, la posible separación del derecho dispositivo.

En este sentido también se pronuncia la STS de 22-12-2009, que tiene en cuenta el perfil del consumidor, (amas de casa, jubilados, labradores, etc.) diciendo que al carecer de unos mínimos conocimientos financieros, no debía de haberseles ofrecido productos bancarios de cierta complejidad.

La Abogado General, indica en el punto 71 de sus conclusiones en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, que para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta las normas aplicables en derecho nacional dispositivo, cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Así el juez nacional podrá valorar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional.

En el punto 74 de sus conclusiones, indica el Abogado General, que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

Por tanto podríamos concluir diciendo, que una cláusula es abusiva cuando establece un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor en los derechos y obligaciones de las partes, en comparación con el derecho dispositivo, separación del derecho dispositivo que ha de ser injustificada, es decir ha de obedecer a motivos distintos del exclusivo interés del profesional.

6.3. LA LISTA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS: ARTS. 85 A 90 TRLGDCU.

El TRLGDCU realiza una enumeración de las cláusulas que en todo caso han de ser consideradas abusivas, regula las consecuencias de la declaración de tal carácter y hace una exhaustiva relación o lista de las cláusulas que pueden considerarse o han de considerarse abusivas dependiendo del caso ante el que nos encontremos.

Así, el artículo 82 del Texto Refundido, en su apartado cuarto indica que no obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a)** vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b)** limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c)** determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d)** impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e)** resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f)** contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Aunque el art. 82.4 disponga que son “en todo caso abusivas” las cláusulas contenidas en los art. 85 a 90 del TRLGDCU, la doctrina mayoritariamente entiende que esa declaración no evita una posterior distinción entre lo que denominan cláusulas negras (abusivas en cualquier caso y con independencia de las circunstancias concurrentes) y cláusulas grises, por el uso de conceptos

indeterminados.¹⁷

El artículo 86 declara abusivas “en cualquier caso” las que limiten o priven al consumidor de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, las que recoge en sus siete apartados. Esta es la interpretación conforme con el art. 3.3 de la Directiva 93/13, que establece que su anexo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

Nada excluye que puedan merecer la calificación de abusivas por vía analógica, otras cláusulas de privación, limitación o renuncia de derechos de los consumidores que no estén contempladas *expressis verbis* en el art. 86, ahora bien habrán de cumplir también el criterio general diseñado en el art. 82.1 (contra la buena fe y con desequilibrio de derechos y obligaciones) a la luz de las circunstancias previstas en el art. 82.3 (naturaleza de los bienes o servicios, circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato)

Vamos a dar unas breves pinceladas al elenco de cláusulas recogido en los art. 85 a 90 que aunque como hemos dicho no tiene carácter cerrado, nos indican “exhaustivamente” qué cláusulas han de ser consideradas y declaradas abusivas.:

- Cláusulas que determinan la vinculación del contrato a la voluntad del profesional (art. 85 TRLGDCU)
 - Concesión al profesional de facultades temporales desproporcionadas
 - Plazos para aceptar o rechazar la oferta del consumidor
 - Prórroga automática del contrato de duración determinada (El abuso se refiere a que se fija una fecha para poder expresar la voluntad de no prorrogar el contrato demasiado alejada del momento de vencimiento o final del contrato).
 - Atribución de facultades de interpretación o modificación unilateral de contrato.
(La facultad de modificación unilateral, en general, se supedita a

¹⁷ Vid. González Pacanowska, I., Comentario art. 82 del TRLGDCU, “Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, Aranzadi, 2009, pag.966

la existencia de motivos válidos (objetivos y justificados) y que esté especificado en el contrato (se exige concreción, se rechazan expresiones vagas o genéricas que impidan al consumidor conocer la causa y el alcance de la modificación en el momento de contratar: Un ejemplo claro de esta práctica la encontramos en la compra de vivienda nueva sobre plano.

Respecto a la interpretación del contrato, esta ha de ser una actividad que realizan las partes al desarrollar o ejecutar la prestación de mutuo acuerdo, pero no unilateralmente, y en caso de conflicto, cabría la mediación de un tercero, que en ningún caso tendría que ser designado por el empresario.

- Facultad de resolución unilateral.

(En contratos que no sean de duración indefinida, para evitar que sea abusiva, ha de configurarse la resolución como recíproca; en contratos de duración indefinida se exige la notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves.

La licitud de la cláusula de resolución unilateral por cualquiera de las partes, en todo caso habrá de completarse con lo relativo al carácter abusivo de sus consecuencias, conforme al art. 87.4)

- Imposición de indemnización desproporcionada al consumidor por incumplir sus obligaciones.

(La doctrina admite aquellas indemnizaciones que cumplan la función de sustituir los daños y perjuicios)

- Concesión al profesional el derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

• Cláusulas que privan al consumidor de derechos básicos (art. 86 TRLGDCU)

- Exclusión de los derechos del consumidor por incumplimiento del profesional
- Exclusión o limitación de la responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato
- Imposición de renunciaciones
- Limitación de los derechos del consumidor

- Cláusulas que provocan falta de reciprocidad (art. 87 TRLGDCU)
 - Retención de las cantidades abonadas por el consumidor por renuncia sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.
- Cláusulas sobre garantías (art. 88 TRLGDCU)
 - Imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido
 - Inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor
- Cláusulas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89 TRLGDCU)
 - Imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa correspondan al profesional.
 - Imposición al consumidor de bienes o servicios complementarios o accesorios, no solicitados.
 - Imposición al consumidor de los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

Por ejemplo, con frecuencia, se impone al adquirente la parte proporcional de las acometidas del edificio, altas de alumbrado, enganche al servicio de agua y alcantarillado. Dice la doctrina que forman parte inseparable del propio edificio, no existiendo la posibilidad de que se entregue una vivienda sin tales servicios; constituyen algo absolutamente esencial o principal que forma parte de la totalidad del objeto vendido, siendo inconcebible, que pueda venderse sin tales servicios una vivienda en cuanto producto de primera necesidad.

La finalidad de la calificación de estas prácticas como abusivas es que el consumidor no tenga que asumir el pago de nuevos gastos que sorpresivamente se añaden al precio inicial. Esta práctica deriva de un comportamiento desleal en la fase de ejecución del contrato ya que están invitando a comprar al consumidor en un precio que no comprende la totalidad de gastos adicionales que

se podrían haber calculado razonablemente de antemano. El consumidor ha de conocer con certeza y exactitud lo que le cuesta el total de la operación.

- Cláusulas abusivas sobre competencia y Derecho aplicable (art. 90 TRLGDCU)

- Someter al consumidor a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo o sectoriales creadas por norma legal.

La inserción de un convenio arbitral como condición general provoca, no sólo desconocimiento de su existencia, sino del significado jurídico de dicho acuerdo y de su trascendencia.

Por ejemplo, en un contrato de telefonía móvil, en el que se designa unilateralmente a la Asociación encargada de la administración de arbitraje, que a su vez nombra el árbitro. Esto supone además, un coste en relación con la cuantía del litigio, pues al evitar el Sistema Arbitral de Consumo, se excluye la gratuidad esencial a este sistema.

- Sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto al que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, o al lugar de cumplimiento de la obligación, o del lugar en que se encuentre el bien si fuere inmueble.

Al imponer al consumidor un mayor esfuerzo económico por razón del desplazamiento, se consigue un efecto disuasorio, y de hecho se interponen un número de demandas mucho menor .

(es una práctica que aún hoy, se sigue utilizando con frecuencia)

Por otro lado, el profesional, cuando actuaba como demandante, su inversión en costes personales y económicos también era menor; todo ello ponía en entredicho el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor así como el principio de igualdad de las partes en el proceso.

Esta es una práctica, que aún sigue siendo muy habitual.

- Sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar en el que el consumidor y usuario emita su declaración

negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

Esta protección es fruto de que el profesional predisponente elegía un ordenamiento que favorecía menos al consumidor.

Los tres apartados anteriormente señalados, suponen en el fondo una renuncia anticipada del consumidor o usuario, que además vulnera la buena fe, en la medida en que imponen nuevas cargas al consumidor y por tanto obstaculizan o limitan el ejercicio de sus derechos procesales.

Se ha de hacer valer los derechos de los consumidores con plenas garantías.

Recientemente el Tribunal Supremo ha declarado nulas por abusivas las cláusulas suelo por falta de transparencia; esta sentencia se dicta un año y medio después de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, decidiendo recurso de casación.

Una de las cuestiones que se suscitan, es precisamente la afirmación de que las cláusulas suelo forman parte de los elementos esenciales del contrato (precio/prestación) y donde se detiene es en concretar el requisito de la transparencia. Se declaran abusivas por falta de transparencia, que precisamente es el primer requisito para incorporar la cláusula al contrato.

Como las cláusulas referidas a elementos esenciales del contrato no están sometidas a control de contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuando no.

Dice la sentencia que los requisitos de incorporación se cumplen, pero aunque se cumplan, para que quede incorporada la cláusula al contrato, puede ser abusiva porque se considere que no es transparente.

El Supremo trata de concretar el requisito de transparencia apelando, en principio, a que exista una proporción entre la “comunicación” que haya hecho el

predisponente del contenido de la cláusula y “su importancia en el desarrollo razonable del contrato”. Esto quiere decir – y es razonable que el Supremo lo diga – que, por ejemplo, si el crédito hipotecario se concede a un interés variable de euribor + 0,75 % pero, durante los primeros seis meses de vigencia, se concede al prestatario un “descuento” (por ejemplo, el interés para esos primeros seis meses es del 1,45 % que es inferior al euribor + 0,75 % en ese período temporal), que el cliente entienda el sentido de ese descuento es menos relevante que si, como ocurre con las cláusulas suelo, su aplicación va a tener una importancia fundamental en la economía del contrato.

El reproche que el Supremo hace a las entidades bancarias es, precisamente, que se da a la cláusula suelo una relevancia “secundaria”.

Ha de garantizarse al consumidor que pueda adoptar una decisión racional al elegir la oferta de un banco u otro.

Dice el Tribunal, que las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Por tanto, los bancos podrán utilizar las cláusulas suelo siempre que sean transparentes y la determinación de si una cláusula es transparente es un juicio

que ha de realizarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean la celebración del contrato, lo que impide una declaración “*urbi et orbe*” de la falta de transparencia de una cláusula contractual.

Lo que es contrario a la buena fe no es incluir un suelo a la bajada del tipo de interés lo pernicioso hacerlo de “tapadillo” o, a la vista, pero en la conciencia de que el consumidor no ha comprendido el alcance – fundamental – que la cláusula tiene para la economía del contrato.¹⁸

Pertíñez¹⁹ se manifiesta en el mismo sentido: El consumidor no conoce de la existencia ni de los efectos de la cláusula y con ello se produce una alteración sorpresiva del coste real del crédito.

El deber de transparencia en la práctica se limita a un simple “firme usted aquí” (la oferta vinculante) y a una lectura apresurada en la Notaría de las cláusulas financieras, entre las que pasaba inadvertida la cláusula suelo.

La sentencia declara que la información sobre las cláusulas suelo debía estar al mismo nivel que la que se aportaba en la fase precontractual respecto del diferencial, puesto que en realidad diferencial y suelo son los integrantes del interés.

6.4. EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Las cláusulas abusivas, serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (art. 83.1 TRLGDCU).

La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 CC y al principio de buena fe objetiva.

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

¹⁸ Vid. Alfaro Aguila-Real, J, 10 mayo 2013, <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2013/05/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre.html>, mayo 2013

¹⁹ Vid. Pertíñez Vílchez, 10 mayo 2013, <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2013/05/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre.html>, mayo 2013

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato. (art. 83.2 TRLGDCU).

6.4.1. Nulidad Parcial

6.4.1.1. No vinculación del consumidor

El legislador propone mantener el contrato sin la cláusula nula, que se tendrá por no puesta. No declara la ineficacia total, ya que el contrato puede subsistir sin la cláusula nula.

El contrato seguirá siendo eficaz, salvo que la nulidad de las cláusulas abusivas determine una situación insubsanable de desequilibrio entre los contratantes.

De aquí deriva, una nulidad parcial por mandato de la ley; como dice De Castro, las ventajas establecidas imperativamente en beneficio de las personas socialmente más débiles, quedarían muertas si con la imposición de una cláusula o condición ilícita, se pudiera reservar la parte más fuerte la posibilidad de terminar, cuando quisiera, la relación contractual.²⁰

No cabe la opción de la nulidad parcial, cuando el contrato quedara huérfano de los elementos esenciales que precisa para existir o cuando la integración y moderación previstas en el 83.2 no logren mantener una situación equitativa en la posición de las partes; sobre estos extremos, habrá de pronunciarse el Juez.

No existe controversia acerca de la ineficacia de las cláusulas abusivas, ni sobre el tipo de nulidad que el artículo 83 establece.

Se trata de una nulidad como hemos dicho, en interés del consumidor, que es distinta de la anulabilidad.

Cuando la norma dice “y se tienen por no puestas”, está significando que la nulidad procede inmediatamente de la ley, que no es precisa una declaración

²⁰ Vid. González Pacanowska, I., comentario art. 83 TRLGDCU, “Comentario del Texto Refundidoop.cit., pag.987

judicial de nulidad para que las cláusulas abusivas sean ineficaces.

Según la doctrina tradicional, en caso de nulidad de pleno derecho, la ineficacia del negocio nulo se produce "ipso iure" por sí misma y sin necesidad de la intervención judicial²¹.

En este mismo sentido la STJUE 9.06.2009 (asunto Pannon) declara: "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula. Este es un punto muy importante, que ha sido desconocido por algunos autores y por la DGRN al tratar del control de legalidad que incumbe a Notarios y Registradores. También la Administración competente puede imponer sanciones por el empleo de cláusulas abusivas sin necesidad de una previa sentencia."²²

A pesar de no existir duda de que se trata de una nulidad de pleno derecho en interés del consumidor, algunos lo olvidan, y, por otra parte, existen discrepancias en algunos puntos importantes sobre las consecuencias de esta nulidad.

La nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas significa que el Ordenamiento no las valora como vinculantes para el consumidor, y se tienen por no puestas.

Los contratos vinculan en la medida reconocida por el Ordenamiento jurídico y esto quiere decir que los contenidos reprobados por el Ordenamiento como nulos de pleno derecho no son vinculantes y para ello no es necesario que un juez lo declare.

La nulidad procede directamente de la ley sin mediación judicial.

Será precisa, naturalmente, una declaración judicial, cuando se pretenda la restitución de lo entregado en cumplimiento de una cláusula nula y la otra parte se

²¹Vid. De Castro, F, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1991,p.475

²² Vid. Miquel González, J.M, comentario art. 82, "Comentarios a las normas de protección de los consumidores",op.cit, pag. 719

niegue a restituir o cuando sea necesario destruir la apariencia creada por un documento público o una inscripción registral que hayan sido indebidamente obtenidos bien por no haber ejercido adecuadamente el control de legalidad los funcionarios a quienes incumba, bien por otra razón.

El artículo 83 del TRLGDCU, deriva de transponer el art. 6 de la Directiva 93/13, que dice: “los Estados miembros establecerán, que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato entre éste y un profesional. Este texto deja claro que la consecuencia jurídica de que una cláusula sea abusiva es que no vinculará al consumidor.

La interpretación del art. 83 con ayuda de la Directiva debe ser, por tanto, que la nulidad de pleno derecho es sólo en beneficio del consumidor. Por consiguiente, es claro que el predisponente no puede invocar la nulidad.

6.4.1.2. Apreciación de oficio: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (STJUE)

La eficacia inmediata de la nulidad se manifiesta del modo llamativo en que los Tribunales pueden apreciar de oficio la existencia de la nulidad²³.

La nulidad de pleno derecho suscita en general la importante cuestión de su apreciación de oficio, y de manera especial cuando se trata de cláusulas abusivas, porque no puede ser contraria al interés del adherente. Por ejemplo, si el adherente consumidor demanda ante el juez del lugar señalado en una condición general de sumisión nula, ni el predisponente puede invocar dicha nulidad, ni el juez debe apreciarla de oficio en contra del adherente.

Sin embargo, si que tenemos que decir, que la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas muestra más bien demasiada reticencia en aplicar no ya de oficio la nulidad, sino incluso a petición de parte.

Hoy la cuestión se repite con cláusulas que fijan los intereses moratorios en un 29% y con cláusulas de arrendamiento de servicios de diez años de duración, que por algunas Audiencias ni siquiera se consideran abusivas a instancia de parte, y

²³ Vid. De Castro, F, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1991,p.476

sin embargo, parecen manifiestamente abusivas.

El peligro no parece estar, por ahora en un exceso de celo judicial en el control de las cláusulas abusivas, sino, en algunos casos, al contrario.

Al hilo de lo dicho en el párrafo anterior, y como muestra reciente de los efectos de nulidad de las cláusulas abusivas, destacamos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, que resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.

La sentencia dice que la normativa española es contraria a la Directiva 93/13/CEE, ya que en un proceso judicial de ejecución hipotecaria, no se permite al deudor formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual y tampoco permite que el juez que conoce del proceso declarativo, analice si la cláusula es abusiva o no y adopte medidas cautelares (como por ejemplo, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria) cuando sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Esta resolución obligará a modificar nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), para que se adecue a las exigencias de protección del consumidor ante la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, ya que el proceso hipotecario español (art. 695 LEC), reconoce exclusivamente como causa de oposición por el ejecutado en el proceso (por ejecución sobre bienes inmuebles), la extinción de la garantía o de la obligación garantizada y, de otra, el error en la determinación de la cuantía exigible.

Por tanto, la eventual cláusula abusiva no se encuentra prevista como causa de oposición en el proceso, siendo el artículo 698 de nuestra LEC el que invita a que se ventile la misma en el proceso judicial declarativo que fuere procedente con el consiguiente perjuicio de que la resolución final en éste proceso llegue tarde con respecto al anterior, por la adjudicación del inmueble a un tercero de buena fe. En ese caso, la posible indemnización a que pudiere dar lugar, resultará lógicamente insuficiente, cuando de lo que estamos hablando es de la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual.

Siendo este el marco legislativo español, el Tribunal dice, que partiendo de la inferioridad del consumidor y en aras de su protección, reconoce que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor y por tanto el juez nacional ha de apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula subsanando el desequilibrio provocado.

El juzgado de Barcelona solicitó se precisaran los elementos que conforman el concepto de cláusula abusiva (desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, contrario a la buena fe), para poder así enjuiciar el carácter abusivo de tres cláusulas concretas:

- Vencimiento anticipado por impago de una cuota en contratos de préstamo de larga duración.
- Intereses de demora.
- Posibilidad de liquidación unilateral por el prestamista, del importe de la deuda impagada, con el fin de iniciar un proceso de ejecución hipotecaria.

La sentencia de 14 de marzo de 2013, recuerda que el Tribunal de Justicia no tiene competencia para decidir si una cláusula concreta es abusiva o no, ya que esta función se reserva al juez nacional, ahora bien, sí puede interpretar el concepto de cláusula abusiva del art. 3.1 de la Directiva, y establecer criterios que el juez nacional debe tomar en consideración para juzgar la abusividad de la cláusula en cuestión.²⁴

El apartado 69 de la sentencia, señala cuándo la cláusula causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe. Dice, que el Juez nacional, debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente, que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. Parece que habría que dibujar una situación hipotética en cada caso concreto, que permitiera dar respuesta a este planteamiento del Tribunal.

²⁴ SSTJCE 1-4-2004, SSTJCE 26-10-2006

6.4.2. Integración del contrato

Se ordena la integración del contrato en la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del CC, y al principio de buena fe objetiva.

El art. 83.2 TRLGDCU contempla la integración como una suerte de operación que necesariamente hubiera de acometerse en cualquier caso en que la cláusula se tiene por no puesta.²⁵

Cuando se mantiene el contenido restante tras la desaparición de la cláusula abusiva, la norma remite al art. 1258 CC y al principio de buena fe objetiva.

Parece que la norma presupone que siempre habrá una laguna que tendrá que cubrir el juez con los instrumentos que la norma le proporciona.

Esos instrumentos para construir la regla contractual, son los que el art. 1258 enumera: la ley, imperativa o dispositiva, los usos (normativos) y la buena fe.

Por supuesto destacar el papel de la buena fe a la hora de integrar el contrato y en lo que se refiere a la ley dispositiva, apuntar, que lo que ello significa, es que la integración implica sustitución de la cláusula abusiva con lo que sería aplicable en defecto de cualquier tipo de pacto al respecto.²⁶

6.4.3. Nulidad Total

Podrá el juez declarar la ineficacia total del contrato cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes, que no pueda ser subsanada.²⁷

La facultad del juez de determinar las consecuencias de la ineficacia del contrato ampara el derecho del consumidor a que el predisponente le indemnice de tales perjuicios.

²⁵ Vid. González Pacanowska, I., comentario art. 83 TRLGDCU, "Comentario del Texto Refundido", op.cit., pag.989

²⁶ Vid. González Pacanowska, I., comentario art. 83 TRLGDCU, "Comentario del Texto Refundido", op.cit., pag.992

²⁷ Vid. Díez Picazo, L., y Gullón, A., "Sistema de Derecho Civil, El contrato en general", op.cit.

7. CONCLUSIONES

En la realización de este trabajo se ha pretendido poner de manifiesto el marco jurídico actual a la hora de determinar cuándo una cláusula contractual puede o no considerarse abusiva y que yo lo resumiría en estas cinco ideas básicas y generales:

- 1) Para que una cláusula se pueda considerar abusiva, tienen que confluír los siguientes elementos:
 - Tenemos que estar hablando de contratos entre empresarios y consumidores. (En este punto hemos de puntualizar sobre la necesidad de proteger también a empresarios o profesionales frente a las cláusulas abusivas, al encontrarse ante una posición desfavorable muy similar a la de los consumidores)
 - Ha de tratarse de condiciones generales, cláusulas predispuestas o prácticas no consentidas expresamente. No nos estamos refiriendo a acuerdos individuales, fruto de un proceso de negociación, ya que estarían sometidos a los límites generales de la autonomía privada, art. 1255 CC).
 - Que no supere el control de contenido establecido en el art. 82 y 85 a 90 del TRLGDCU.
- 2) Esas cláusulas predispuestas, habrán de cumplir siempre el criterio general diseñado en el art. 82.1 (no han de causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe), y ello a la luz de las circunstancias previstas en el art. 82.3 (naturaleza de los bienes o servicios, circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato)
- 3) Destacar expresamente la idea de respeto a la esencial igualdad de los contratantes, lo que debe mantenerse cuando se apela a las exigencias de la buena fe, ya que su libertad no es la que determina el contenido contractual, sino que debe determinar su igualdad.

- 4) Que los efectos de la imposición de cláusulas abusivas es su nulidad y se tendrán por no puestas, debiendo el Juez que declare la nulidad integrar el contrato, disponiendo de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.
- 5) En relación a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, destacar la trayectoria legislativa que caracteriza esta materia, que le ha venido impuesta y vapuleada por el devenir de las diferentes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (no sólo, pero sí significativamente), siguiendo actualmente esta misma dinámica ante la reciente sentencia del 14 de marzo, que en este caso obligará a modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Va a ser el Juez nacional, el que debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente, que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, para hacer cumplir la exigencia de la buena fe sin causar un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes.

Respecto a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, incidiría en el requisito de la transparencia en las cláusulas y la concreción en la misma de su significado, siendo la causa que provoca que se declaren abusivas.

Esta situación, alimentada por la cantidad de doctrina, sentencias y jurisprudencia existente, sirva de ejemplo por su actualidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo que acabamos de reseñar, posiciona al consumidor y usuario en una situación de inseguridad jurídica nada desdeñable.

Me gustaría recalcar la puntualización señalada en el apartado 1º, sobre la necesidad de proteger también a empresarios o profesionales frente a las

cláusulas abusivas cuando actúan en el ámbito de su actividad comercial, ya que se encuentran en la mayoría de las ocasiones ante una posición similar a la del consumidor o usuario.

El 90% de las empresas existentes en nuestro país no tienen más de 10 trabajadores, por lo que su posición en cuanto a la capacidad y condiciones de contratar y negociar con otras empresas es muy similar a la que se encuentran los consumidores y usuarios.

Cuando el adherente en la contratación forma parte de esta tipología de empresa, se rompe igualmente ese binomio igualdad-libertad en la contratación en la mayoría de los casos, al estar actuando en la práctica como un consumidor o usuario más no estando protegido por el régimen jurídico que ampara a los consumidores y usuarios.

No puedo dejar de hacer una reseña a la realidad económica y social actual tan cambiante que vivimos, caracterizada también por esta crisis acuciante en la que estamos inmersos, que está provocando un incremento de litigios, ante la confrontación de intereses de consumidores y usuarios frente a los profesionales.

Parece que en la pasada época de bonanza económica, los consumidores y usuarios se podían permitir el lujo de no prestar demasiada atención, en algunos casos, a esas cláusulas contractuales predispuestas y abusivas para sus intereses, puesto que vivían en una posición de comodidad que compensaba ese pulso.

Ahora que la debilidad del consumidor y usuario es mayor, ante esta nueva situación económica y social sobrevenida, me refiero sobre todo cuando estamos pensando en cláusulas abusivas que atañen a cuestiones tan vitales como la vivienda, derecho reconocido en nuestra propia Constitución; toda la sociedad, incluidos jueces, magistrados y doctrina en general, le están poniendo nombre y lugar de domicilio al demandante y también al autor de la cláusula abusiva correspondiente.

Es ahí, en ese punto, en el que hasta los propios jueces, en el ejercicio de su profesión, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, también están inclinando la balanza de la justicia en defensa de esa parte más débil, el consumidor o usuario.

Esta idea, la podemos rescatar, por ejemplo, de las últimas jornadas organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, donde asistieron, entre otros, una veintena de jueces de Primera Instancia y mercantiles coordinados por el presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Juan Antonio Xiol, (elegido el 7 de junio magistrado del Tribunal Constitucional por el Consejo General del Poder Judicial) así como la práctica totalidad de los magistrados de la Sala de lo Civil del alto tribunal.

Además de reunirse para debatir el régimen transitorio a aplicar hasta que la normativa española adapte la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se puso de manifiesto la labor que están realizando los jueces de primera instancia que “interiorizando la dimensión ética de la función judicial” están llenando lagunas y dando respuesta a la sociedad desde los principios constitucionales”.²⁸

Sirva también de ejemplo la actuación de la defensora del pueblo, Soledad Becerril, pidiendo al Banco de España que actúe en defensa de los consumidores y formule una recomendación para que las entidades financieras apliquen de oficio la reciente decisión del Tribunal Supremo sobre las cláusulas suelo.

Sea por esta sociedad en la que vivimos y por su futuro, el esfuerzo en la realización de este trabajo.

²⁸ <http://ipv46.noticias.juridicas.com/actual/veractual.php?id=2907>

8. BIBLIOGRAFÍA.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Aranzadi, 2009.

Diez Picazo, L y Gullón A., Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Tomo 1. El Contrato en general. La relación obligatoria. Ed. Tecnos, 2012.

Lacruz Berdejo, J.L, Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones. Volumen 1º. Parte General. Teoría General del contrato, Dykinson, Madrid, 2007.

Martínez de Aguirre Aldaz, C. (coordinador), Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. 2ª edición, Colex, 2008.

Miquel González, J.M, Comentario art. 82 TRLGDCU, pgs. 711 y ss. “Comentarios a las normas de protección de los consumidores”, Director: Cámara Lapuente, Colex, 2011.

Miranda Serrano, L. y Pagador Lopez, J. , Derecho privado de los consumidores, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012.

Pérez Escolar, M, “Revista Práctica de Derecho de daños”, nº 82: “El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿Hacia un código de consumidores?”, 2010, p.33 y sig.

Pertíñez Vilchez, F, Coordinador, Comentarios a las normas de protección de los consumidores, Director: Cámara Lapuente, Colex, 2011.

García Martínez, A, Congreso, sinopsis art. 51 CE, 2003.

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=51&tipo=2>, mayo 2013

Revista para análisis del derecho; universidad Pompeu Fabra,
<http://www.indret.com/es/>

Revista de Derecho de Consumo, Centro de Estudios de Consumo, Universidad
de Castilla La Mancha, <http://www.uclm.es/centro/cesco/>