



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El control del contenido en los contratos con consumidores

Presentado por:

***Jaime Bocos Rodríguez-
Jalón***

Tutelado por:

Germán de Castro Vítóres

Valladolid, 12 de julio de 2020

RESUMEN

La contratación en masa y la generalización de la producción han hecho necesaria la utilización de las condiciones generales de la contratación, caracterizadas por las notas de Contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Estos instrumentos han socavado la igualdad entre las partes de un contrato, por lo que, para hacer frente a esta desigualdad y asimetría contractual, se ha configurado una legislación especial protectora que ha articulado, entre otros, el mecanismo del control de contenido. Este es un control sobre las cláusulas no negociadas de un contrato que se efectúa solo cuando se refiere a contenido no esencial y las partes débiles del contrato son solo consumidores. El control se estructura sobre los principios de buena fe y equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes y reacciona principalmente contra las cláusulas abusivas declarándolas nulas y expulsándolas del contrato.

ÍNDICE

ÍNDICE	2
1. INTRODUCCIÓN Y PUNTO DE PARTIDA.....	3
2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y LEGISLACIÓN APLICABLE	8
3. FASE PREVIA DE CONTRATACIÓN	11
4. CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y RAZÓN DE SER.....	12
5. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y LAS CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES	14
5.1. Naturaleza jurídica.....	15
5.2. Régimen legal de las condiciones generales de la contratación	16
5.3. Distinción entre condiciones generales y cláusulas individuales no negociadas, y diferencia entre contrato de adhesión y condiciones generales	17
5.4. El registro de condiciones generales de contratación.....	18
6. CONTROL DE INCORPORACIÓN	19
6.1. Características del control de incorporación.....	20
6.2. Criterio de condición más beneficiosa y cláusulas sorprendentes.....	24
7. CONTROL DE CONTENIDO	26
7.1. Introducción.....	26
7.2. Ámbito de aplicación	27
7.2.1. Ámbito objetivo	27
7.2.2. Ámbito subjetivo: La noción de consumidor o usuario y empresario o profesional.....	33
7.3. Formulación del control de contenido en tres niveles	38
7.4. Consecuencias negociales del carácter abusivo de una cláusula: control concreto.	45
8. REQUISITO DE TRANSPARENCIA MATERIAL	51
9. CONCLUSIONES.....	54
BIBLIOGRAFÍA	55

1. INTRODUCCIÓN Y PUNTO DE PARTIDA

Partimos del concepto de contrato como aquel negocio jurídico donde las declaraciones de voluntad libremente emitidas por las partes buscan la producción de un efecto jurídico, normalmente patrimonial, reconocido por el Derecho. Su principal finalidad es la constitución de un vínculo obligacional derivado de la propia voluntad de los contratantes y, de hecho, se dice que el contrato es fuente de obligaciones, porque lo pactado entre las partes por medio de contrato obliga a éstas a su exacto cumplimiento como si de Ley se tratase (“*pacta sunt servanda*”).

En efecto el art. 1091 del Código Civil afirma: “*Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes*” Por ello, el perjudicado puede exigir su cumplimiento ante los tribunales. Las partes se encuentran en igualdad de condiciones e influyen con su negociación en el contenido del contrato, de modo que lo pactado entre ellas se sacramenta y constituye una verdadera ley de la que no se podía apartar, so pena de facultar al cumplidor para resolver el contrato.

Y no solo obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado, ya que tal y como dice el artículo 1258 del C. Civil, obligan también a “*todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”. Además, el artículo 1255 CC. añade: “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público*”.

En consecuencia, nuestro Código Civil y, en concreto, el Derecho de obligaciones y contratos, sigue pivotando sobre la base de la autonomía privada y los principios de libertad e igualdad contractual.

La realidad de la mayoría de los contratos es, sin embargo, la contraria: la desigualdad entre las partes y la ausencia de negociación representados por los contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación. En este contexto, la idea de libertad e igualdad resulta algo abstracta.

Estos contratos, digamos, “desiguales”, dan respuesta a la generalización de la producción y el consumo en masa de ciertos productos y servicios (seguros, transportes, telecomunicaciones, productos financieros...) generados por el desarrollo económico, siendo cada vez más numerosos y más generalizado su ámbito, abarcando desde los contratos de transporte o suministro de servicios esenciales, hasta los servicios bancarios o de seguros. Cumplen una función económica primordial al favorecer y facilitar de forma notable las relaciones en el tráfico jurídico a través de la contratación en masa.

Los llamados contratos de adhesión son aquellos en los que una de las partes, llamada predisponente, redacta las cláusulas que conforman el contrato de manera unilateral, sin que la otra parte, el llamado “adherente” haya podido negociar previamente su contenido con el predisponente, teniendo únicamente la opción de prestar o no su consentimiento (“*take it or leave it*”), careciendo, en consecuencia, de la posibilidad de influir en su contenido. De esta forma se prescinde de la negociación individual de las cláusulas, y, por tanto, aparece un efecto entre cuyas

consecuencias está la de conocer cuál es la fuerza de una cláusula contractual que no es fruto de un pacto entre las partes.

En la actualidad nos hallamos ante un escenario en el que abundan los llamados contratos de adhesión (donde una de las partes únicamente puede prestar o no su consentimiento) o los llamados contratos en masa (cuyo clausulado está redactado con el fin de ser incorporado a una pluralidad de contratos), donde la primacía la ostenta una de las partes (“*bargaining power*”). Según la sentencia del STS Pleno de 9 de mayo de 2013, hemos pasado del diálogo individualizado al “monólogo de predisposición”.

El principio de la autonomía de la voluntad, que recogía el artículo 1255 del CC y que sintetizaba el aforismo “*pacta sunt servanda*” (“los contratantes 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”), se demostró insuficiente como principio rector de esta nueva modalidad de contratación donde el uso de condiciones generales se hacía cada vez más habitual y donde la contratación en masa mostraba la desigualdad entre las partes ostentando una de ellas el “*bargaining power*”. Ante esta situación el legislador comunitario creyó necesario -en virtud de la protección de un interés, el del consumidor- introducir cierta intervención estatal que estableciera de nuevo el equilibrio entre las partes contratantes, de forma que se habilitaron mecanismos de estabilización para que se pudiera, incluso desde el propio Estado, “reestablecer el equilibrio negocial”, abandonándose así el carácter liberal de la regulación contractual. Estos mecanismos fueron introducidos mediante la Directiva 93/13/CEE cuyo objetivo principal era lograr el amparo del consumidor restableciendo el equilibrio en la negociación.

En este mismo sentido se ha pronunciado la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, cuando indica que *"El insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la EM de la LCGC, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones ya que la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye 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"*.

Estos mecanismos son los denominados en la doctrina del TJUE como control de incorporación, control de transparencia y control de contenido. Dichos controles tienen por objetivo eliminar del clausulado contractual todas aquellas cláusulas, que, por no haber sido objeto de negociación

individual, puedan situar al consumidor en una posición de debilidad. Dicha eliminación se lleva a cabo mediante la declaración de abusividad de una cláusula cuyo efecto es su nulidad.¹

Esto mismo es lo que lo afirma la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, cuando indica que "*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas*".

Como vemos en la legislación española se ha optado por considerar solo al consumidor como la parte más débil de una relación contractual y, por tanto, no se ha configurado una protección material específica a los empresarios en los contratos de adhesión. Esto ha sido tradicionalmente criticado por la doctrina ya que no solo el adherente consumidor puede ser parte débil de la relación. Por ejemplo, podemos pensar en una empresa de pequeño tamaño que ostenta la posición de adherente débil en un contrato predisuesto, algo bastante común ya que, en España, el 99,9% del tejido empresarial está constituido por las PYMES. Se debería de proteger a aquel que en el ejercicio de su actividad profesional debe proveerse de empresas de mayor tamaño, ya que frente a éstas su capacidad de contratar y negociar es similar a la que poseen consumidores y usuarios. Para suplir esto, podemos acudir a valorar las posibilidades de control que presentan las normas generales imperativas o prohibitivas a las que remite el art. 8.1 LCGC². En Alemania los empresarios sí que cuentan con un régimen específico como más adelante veremos.

En atención a lo expuesto, la principal preocupación del legislador tras la aparición de esta modalidad de contratación por adhesión ha sido la de ofrecer mecanismos para reducir la asimetría contractual y ofrecer la adecuada protección de la parte más débil y necesitada de protección: el consumidor.

La protección que se inicia en España, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, con la promulgación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios y la aprobación de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación que supuso la transposición en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 93/13/CEE, "sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores".

Actualmente la Ley 26/1984 se encuentra derogada y ha sido reemplazada por el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre. Este texto reúne materias tan dispares como la relativa a viajes combinados, responsabilidad por productos defectuosos, contratación a distancia o venta de bienes de consumo, cuyo nexo común debe buscarse en la

¹ BLANCO GARCÍA-LOMAS, "La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea", *La Ley*, 2014.

² MATO PACÍN, N., "Cláusulas abusivas y empresario adherente", BOE, 2017.

necesaria protección del consumidor frente a posibles situaciones de indefensión ante la actuación del empresario.

Esta legislación dirigida a dar solución a los inconvenientes que derivan del empleo de condiciones generales, en el ámbito estrictamente contractual, es reconducida, habitualmente a tres categorías o reglas:

- I. Las Reglas de Control de Inclusión o Incorporación: establecen los requisitos previos que deben reunir las condiciones generales incorporadas a los contratos para formar parte del contenido de dichos contratos; a ellas se dedican, desde perspectivas complementarias los artículos 5 y 7 a 10 de la LCGC, y el art. 80.1 TRLGDCU.

El control de incorporación consiste en comprobar si la parte más débil ha podido conocer de antemano las cláusulas de su contrato y si ha podido o no sopesar su contenido. Es decir, determinar si las condiciones han sido cognoscibles y comprensibles. En este control es indiferente que la parte débil sea o no consumidor.

- II. Las Reglas de Interpretación de las Condiciones Generales: establecen criterios de interpretación favorables al adherente; se regulan en los artículos 6 de la LCGC y 80.2 TRLGDCU.

- III. Las Reglas de Control de Contenido: objeto de este trabajo, se dirigen a censurar las condiciones generales cuyo contenido resulte abusivo, o contrario a la ley. Nuestro Derecho establece normas de control de contenido referidas específicamente a las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores (arts. 80 y 82 TRLGDCU), de forma que no existe un sistema de control de contenido específico para las condiciones generales de los contratos (más allá de los derivados genéricamente de los artículos 6.3 y 1.255 del Código Civil), sino tan sólo para aquellas condiciones generales en las que el adherente ostente la condición de consumidor.

Podemos decir que este tipo de control de contenido de las condiciones generales entra en funcionamiento si se verifican simultáneamente estas tres condiciones:

- i. Que el contenido de dichas condiciones generales no se refiera al contenido esencial del contrato.
- ii. Que se trate de cláusulas no negociadas individualmente.
- iii. Que estemos ante contratos con consumidores.

De forma que, si la cláusula ha sido negociada, o se refiere al contenido esencial no cabe control de contenido. De igual forma sucede, si ninguna de las partes goza de la condición de consumidor o usuario.

El control del contenido reacciona principalmente cuando tiene lugar lo que se conoce como Cláusula Abusiva. Ésta se define, según el artículo 82 del texto refundido, “*como aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*” y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual, esto es en contratos de adhesión particular.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y LEGISLACIÓN APLICABLE

En un primer momento, ya que no había una regulación especial frente al problema del desequilibrio contractual en los contratos de adhesión, la doctrina planteó varias soluciones al problema basándose en instituciones propias de los códigos decimonónicos no diseñados por el legislador para ese fin³.

De ese modo, se trató de verificar el estricto cumplimiento de los requisitos de exigencia de los contratos: consentimiento, objeto y causa; se recurrió a la ley como límite genérico de la autonomía privada, art. 1255 CC. Esta medida se impulsó al atribuir al Derecho dispositivo una función ordenadora, y solo se podía pactar en contra de él cuando había un motivo suficientemente justificado⁴, se recurrió a los límites genéricos de la moral y el orden público, art. 1255. Asimismo, se perfiló la utilización de los principios de buena fe y lealtad en las relaciones, que se acentuó con su incorporación en el Título Preliminar del CC, art. 7.

La jurisprudencia no fue tan activa como la doctrina, sin embargo, podemos mencionar varias sentencias reseñables como la STS de 10 de diciembre de 1959 en la se establece: “*al ser los efectos del contrato no sólo los queridos por las partes, sino, además, los derivados de la buena fe, del uso y de la ley (art. 1.258), en la determinación de estos efectos podrá el Juez buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de los contratantes*”. Otra STS de 12 de marzo de 1957 sostuvo que la legislación concedía a los tribunales “*poder excepcional de interpretación (...) e incluso un poder de revisión para modificar el contrato en la parte injusta*”.

En lo que respecta a la legislación, podemos nombrar la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura, cuando dice en su art. 1 que:

“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”.

Más tarde podemos encontrar la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro que prevé requisitos de incorporación y de contenido de condiciones generales en contratos de seguros (art. 3.1 LCS), también se regula un mecanismo de control administrativo (art. 3.2) y judicial (art. 3.3) con cierto efecto general. Los tribunales fueron reticentes en declarar la nulidad de las cláusulas perjudiciales al asegurado y apenas se aplicó el control de contenido. A pesar de ello, los juzgados actuaron contra las cláusulas abusivas mediante la declaración de invalidez en aplicación de la regla de interpretación *contra proferentem*, art. 1258, que se apoyaba en el cumplimiento de los requisitos de incorporación del art. 3 LCS.

Posteriormente en 1984 entró en vigor la LGDCU, que fue un paso decisivo en adelante, aunque su ámbito de aplicación era muy reducido: solo las relaciones jurídicas entre empresarios y

³ MORALES QUINTANILLA, “*Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas*”, (Tesis Doctoral), Universidad de Salamanca, 2014.

⁴ DE CASTRO, F., “*Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*”, ADC, 1961, p. 331 y ss.

consumidores. Su gran contribución fue la creación de normas específicas sobre las condiciones generales, en un control judicial de contenido.

Finalmente llegamos a la legislación actual que siguiendo el esquema ofrecido por MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁵, la legislación que resulta aplicable puede categorizarse en tres apartados:

- I. *“Las fuentes legales fundamentales que regulan con carácter general las condiciones generales de la contratación son la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y las disposiciones que la desarrollan”*. Esta Ley supuso la transposición (algo tardía) al Derecho español de la Directiva 93/13/CEE.

A continuación, vamos a ver estas dos normas con más detalle:

- i. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Como es sabido, el Derecho comunitario ha ido marcando las directrices de nuestro Derecho de consumo, las cuales, a su vez, han incidido en la teoría general del contrato con la introducción de matizaciones importantes. En materia de condiciones generales, fue esta directiva la que estableció las pautas a seguir cuando las cláusulas contractuales no negociadas se incorporan a contratos celebrados entre empresarios y consumidores (art. 1.1).

Su repercusión sobre los Derechos nacionales fue muy notable, pues forzó un replanteamiento de los fundamentos de los contratos no negociados. Hasta tal punto es así, que se ha considerado que esta Directiva constituye una pieza esencial para la construcción de un Derecho privado europeo; de hecho, es la referencia normativa más importante que existe a nivel europeo en relación con estas materias.

- ii. La Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

La transposición de la Directiva fue aprovechada por el legislador para introducir una normativa de mayor alcance estableciendo un régimen jurídico completo sobre las condiciones generales de contratación que superaba la hasta entonces fragmentaria regulación de las mismas que se contenía en el art. 10 de la Ley 26/1984, de 16 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

A diferencia de lo que sucedía con esta última norma, de aplicación únicamente a la contratación con consumidores, la LCGC determina su aplicabilidad a todos los contratos que contengan condiciones generales, sean celebrados entre empresarios o con consumidores (art. 2), es decir, persigue la protección de cualquier adherente, empresario o consumidor, frente a la utilización de condiciones generales por parte de un empresario o profesional predisponente.

- II. *“Fuentes que regulan el empleo de condiciones generales en relación con determinados sujetos (sobre todo los consumidores, principalmente para protegerlos frente a las*

⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *“Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones”*, vol.1, Edisofer, 2018, pp 405-427.

cláusulas abusivas incluidas en condiciones generales: arts. 80 a 91 Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios)”⁶.

Se someten al TRLGDCU los contratos celebrados con consumidores que contengan condiciones generales y además estos contratos con consumidores se someten a la LCGC (art. 59.3), lo que supone una aplicación supletoria de esta última con respecto a los dispuesto en el texto refundido.

- III. El TRLGDCU, tras verse modificado por la LCGC, introdujo un régimen jurídico para la regulación de las cláusulas no negociadas individualmente aplicable en la contratación con consumidores, tanto si incorporan condiciones particulares como condiciones generales. Este nuevo régimen, introduce el concepto novedoso de control de las cláusulas abusivas, regulado en los artículos 80 a 91 del TRLGDCU.

En definitiva, la LCGC se aplica a cualquier caso de utilización de condiciones generales, ya sea entre profesionales entre sí, ya sea entre un profesional (el predisponente) y un consumidor (art. 2 LCDC): en este último caso la regulación de la LCGC y la del TRLGDCU se yuxtaponen. Sin embargo, se excluyen del ámbito de aplicación de la legislación general de protección los contratos de trabajo, los de constitución de sociedades, y los de carácter familiar o sucesorio, así como las condiciones generales cuyo contenido refleje disposiciones o principios de Convenios internacionales en que España es parte, o deriven de disposiciones legales o administrativas de aplicación obligatoria (art. 4 LCGC).

⁶ *Ibidem.*

3. FASE PREVIA DE CONTRATACIÓN

Los tratos preliminares, referidos sobre todo a la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios que se ofertan o publicitan frente a los consumidores también son regulados por la legislación general de protección y deben ajustarse a los establecido en las normas. Se trata de la fase de tratos previos que jurídicamente no puede considerarse como una oferta. Así, publicidad, contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones o garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el documento recibido, ya ello no solo cuando hay contrato, sino también en la fase preliminar informativa⁷.

En ocasiones será difícil distinguir la verdadera oferta de los tratos preliminares ya que se puede pasar de una fase a otra con relativa facilidad, pudiendo incluso ambas presentarse sin solución de continuidad. Por ejemplo, en el caso de las ofertas permanentes en una página web, donde no existe posibilidad de discusión de los términos del acuerdo por parte del consumidor no existiría la fase de tratos previos. Por otro lado, si se contrata directamente entre las partes mediante el intercambio de mensajes electrónicos, sí que puede tener lugar la fase de tratos previos. La posibilidad de comunicación telemática es también frecuente en las demás negociaciones, pero la característica aquí es que el contrato se va a perfeccionar en la red, y es en la red donde también se desarrolla en su integridad la fase precontractual. En nuestro Derecho, la Ley 34/2002 de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de información y del comercio electrónico, ha incorporado a nuestro ordenamiento la Directiva 2000/31(CE de 8 de junio, relativa sobre todo al comercio electrónico en el mercado interior.

De la misma forma, los consumidores tienen derecho a una información veraz, eficaz y suficiente sobre los distintos aspectos del producto y las cláusulas o condiciones que integran el esquema contractual deben redactarse con concreción, claridad y sencillez, con posibilidad de comprensión directa sin reenvío a otros documentos. Por lo tanto, además de exigir un esquema contractual concreto y detallado de tal forma que el consumidor que ya ha contratado pueda disponer de una adecuada información que se ajuste a la realidad que comprueba al utilizar el producto o servicio que se le presta, también con anterioridad pueda exigir una información veraz y suficiente que le permita adoptar una decisión, esto es, existe una obligación precontractual de información que viene regulada por la Ley.

Algunas normas generales que rigen estas materias en nuestro Derecho las podemos encontrar en los artículos 1265, 1266, 1269, 1270, 1301-1303 y 1307-1314 del CC. La consecuencia jurídica⁸ de la vulneración de las normas de información precontractual no va a ser en ningún caso la nulidad de orden público, apreciable de oficio e insanable y estas normas deben ser interpretadas en el sentido de que no impongan al consumidor la anulación total del contrato contra sus intereses.

⁷ “La integración de la publicidad del producto o servicio en la eficacia de los contratos entre partes”, *Blog LEFEBVRE*, 2017. Disponible en <https://elderecho.com/la-integracion-de-la-publicidad-del-producto-o-servicio-en-la-eficacia-de-los-contratos-entre-partes>

⁸ PANTALEÓN, F “Sobre la transparencia material de lege lata”, *Blog Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-la-transparencia-material-de-clausulas-predispuestas-de-lege-lata-y-de-lege-ferenda>

4. CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y RAZÓN DE SER

El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) de 1957 no incluía ninguna norma relativa a una política comunitaria sobre la defensa de consumidores, pero es obvio que los principios de libertad y la competencia, que han de regir ese mercado común, conllevan unas consecuencias positivas para los consumidores.⁹

De aquel texto hasta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000/3480) se han sucedido diversos textos cada vez más comprometidos con una política de protección al consumidor. Tal y como afirma Thierry BOURGOIGNIE, la Comunidad se ha pronunciado a favor de una política activa, una intervención positiva, orientada al logro de todo un conjunto de objetivos dirigidos a dotar al consumidor de una protección jurídica, administrativa y técnica, contribuyendo a la existencia de un cuadro normativo uniforme, capaz de ofrecer al consumidor residente en la misma un nivel elevado de protección.

Esto implica una labor normativa de los órganos comunitarios y, al mismo tiempo, la necesidad de una armonización legislativa en el seno de toda la Unión, exigiendo a los Estados miembros que asuman ese nivel de protección mediante las medidas de diverso orden que fueren necesarias, sobre todo a la primacía y la eficacia directa que aquellas normas surten.

En este sentido, el artículo 100 del Tratado prevé que el Consejo, a propuesta de la Comisión, adopte las directivas necesarias para aproximar las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. Estas materias son muy diversas: competencia, políticas sociales, circulación de trabajadores, prestación de servicios.

Sobre esta base comienza en la década de los setenta una serie de programas que se instrumentan en su mayoría a través de directivas para aproximar y armonizar las normativas de los Estados miembros. Relevante es la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica para una política de protección e información de los consumidores, pues supone un importante avance en la materia y sus efectos quedarán reflejados en las normas de los estados miembros relativas a la protección del consumidor. Del texto se infiere la consideración del consumidor como una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que puedan afectarle, directa o indirectamente¹⁰.

Esta política se ve reforzada con el Acta Única y el Tratado de Maastricht haciendo ya referencia expresa a los consumidores derogando la unanimidad que exigía el art. 100 del Tratado, fortaleciendo su protección y estableciendo acciones concretas que apoyen esta política de protección de los derechos e intereses de los consumidores.

Fruto de la labor de evaluación de los logros alcanzados, a la que instaban el Parlamento Europeo y el Consejo en su Decisión 283/1999/CE será el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea (LCEur 2001, 3688) en el que se habla sobre diversas cuestiones relativas a la dimensión comunitaria de la protección de los consumidores, entendida

⁹ NIETO-MORALES, P. y ABASCAL MONEDERO, C. "Reclamaciones en materia de consumo", Dykinson, 2016.

¹⁰ *Ibidem*.

como la regulación de los intereses económicos de los consumidores, excluyendo las cuestiones de salud y seguridad y otros aspectos relacionados.

La Constitución Española de 1978 elevó a rango constitucional la protección de los consumidores en su artículo 51, algo que pocos textos análogos habían hecho hasta ese momento, si bien, como hemos comentado, la protección de los consumidores no era una novedad en nuestro Ordenamiento.

En el artículo 51, referido a la defensa de los consumidores, dice: *“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. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”*.

Destaca el uso del término protección, pues implica una actitud positiva que va más allá de una actitud pasiva de defensa, lo que conlleva que este principio sea un verdadero mandato a los poderes públicos que les impone la tarea de promover, prevenir, tutelar y defender a los consumidores y usuarios. MENÉNDEZ dice que esto es debido a la entrada del interés público en el juego de las relaciones contractuales dentro del contexto del mercado y su regulación.

Esta norma de acción supone la existencia de unas garantías institucionales y subjetivas que nutren el estatuto del consumidor, dentro del complejo marco de la persona, sus bienes y los valores que han de inspirar a la normativa reguladora de sus distintas proyecciones individuales y sociales, porque no cabe concebir la normativa sobre consumo desde una perspectiva objetiva, centrada en la idea de éste como actividad que se realiza en el mercado, como sucede por ejemplo con ciertos preceptos penales o administrativos.

La razón de ser de estas normas se corresponde con la idea de que la posición de los consumidores y usuarios no es igualitaria con respecto a los empresarios. En efecto, la protección de consumidores y usuarios, y las Normas que los regulan han introducido modificaciones básicas respecto de la normativa contractual clásica. Asimismo, la protección de los consumidores se ha extendido en ocasiones a la generalidad de los contratos, estableciéndose también con independencia de la condición de consumidores, tales modificaciones al derecho contractual.

Precisamente la protección de la parte más débil es el fundamento de la Directiva 93/13/CEE, del 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, y está recogido fielmente en la exposición de motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación del 13 de abril. De este modo contempla: *“La protección de la igualdad de los contratantes es el presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye 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 cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”*.

5. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y LAS CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES

Como hemos dicho en la introducción es cada vez más habitual, sobre todo en la contratación en masa, que el contenido del contrato haya sido redactado previamente con vistas a su utilización por uno de los contratantes (empresario o profesional) en una pluralidad de contratos del mismo tipo que ese contratante celebre, ya sea con consumidores, ya sea con otros profesionales.

En estos casos el contratante se limita a aceptar esas condiciones previamente establecidas, salvo, según ALFARO, en lo que se refiere a las prestaciones esenciales del objeto del contrato¹¹.

Es importante señalar que la voluntad del adherente está supeditada a la aceptación o el rechazo de las condiciones establecidas en el contrato por el empresario o profesional. Es un consentimiento puramente formal porque el adherente no tiene capacidad de influir en el contenido y ALFARO señala que: *“el acuerdo efectivo recae, habitualmente, sobre la prestación y el precio, y en su caso, sobre determinados aspectos de la entrega o el pago”*¹².

Este mismo autor enumera una serie ventajas e inconvenientes en el empleo de condiciones generales¹³:

1) Efectos ventajosos:

- a) Reducción de los costes de celebración y regulación de los contratos
- b) División de tareas entre los miembros de la organización empresarial
- c) Mayor coordinación entre esos miembros
- d) Cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que ofrece la empresa

2) Efectos negativos:

- a) Un marcado desequilibrio entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato a cargo de uno de los contratantes, en perjuicio del adherente y en beneficio del predisponente.
- b) El consumidor se enfrenta a una concurrencia de factores de índole material, como el formato del documento y tamaño del texto impreso, que dificultan la lectura material del condicionado con unas condiciones redactadas en lenguaje demasiado técnico y oscuro.

¹¹MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Curso... Obligaciones, cit.

¹²*Ibidem.*

¹³*Ibidem.*

- c) Por lo tanto, parece clara la debilidad del consumidor frente a la utilización de condiciones generales.

5.1. Naturaleza jurídica

MARTÍNEZ DE AGUIRRE considera que, en base a la legislación existente, podemos determinar que las condiciones generales forman parte del contenido de un contrato en particular y tienen eficacia vinculante. Esto se justifica en que se exige en los arts. 5.1 y 7 LCGC la aceptación del adherente. Por tanto, esa aceptación determina su eficacia vinculante, es voluntaria pero también instrumental: *“se acepta con la convicción (cierta) de que la aceptación es imprescindible para obtener el bien o servicio de que se trate”*¹⁴.

Además, PAGADOR LÓPEZ afirma que *“las condiciones generales de la contratación deben considerarse estipulaciones contractuales, bien que de rango accesorio o secundario por contraposición a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato”*¹⁵. La doctrina civilista mantiene que las condiciones generales pueden considerarse auténticas cláusulas contractuales entendiendo que el consentimiento del adherente es perfectamente válido si este se ha prestado con conocimiento de aquellas. La normativa que regula la incorporación de las cláusulas generales trata de garantizar la posibilidad de que sean conocidas. Se trata del llamado control de incorporación.

Las condiciones generales no se pueden concebir como un simple acto unilateral del predisponente, ya que, aun en los numerosos casos en los que el adherente presta su consentimiento sin conocimiento del contenido de esas condiciones, la oportunidad que se le da de tener dicho conocimiento determina la validez de su consentimiento contractual y, por tanto, la eficacia vinculante de las condiciones generales de contratación.

En su artículo publicado en la revista VLEx, BALLUGERA GÓMEZ se pregunta:

“¿Es posible la negociación en contratos por adhesión” o con condiciones generales?

La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas habla de que la negociación es posible, así el artículo 3 dice: *“El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión”*. Esto mismo repite el artículo 82.2 del TRLGDCU y el art. 1.2 LCGC.

Típicamente ocurre esto respecto a los elementos esenciales del contrato que son objeto muchas veces de negociación individual.

¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Curso... Obligaciones, cit.

¹⁵ *Ibidem*.

El tribunal Supremo se ha pronunciado varias veces sobre esta cuestión que acepta la prueba de la negociación de una cláusula de un contrato por adhesión: STS 376/2016 de 3 de junio¹⁶.

5.2. Régimen legal de las condiciones generales de la contratación

El concepto de Condición General viene recogido por la directiva 93/13/CEE y ha sido transpuesto por la LCGC. “*Son condiciones generales de contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas o su apariencia externa, extensión o cualquier otra circunstancia, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*” (artículo 1 LCGC).

Siguiendo lo expuesto por MARTÍNEZ DE AGUIRRE en el libro “*Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones vol. I*”, la sentencia del Tribunal Supremo, 9 de mayo de 2013,¹⁷ afirma que los requisitos de las condiciones generales de la contratación son los siguientes:

- I. *Contractualidad: se trata de cláusulas contractuales y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.*
- II. *Predisposición: la cláusula ha de estar pre- redactada, siendo irrelevante que haya sido por el propio empresario o por terceros*” (STS. 9 mayo 2013, 29 noviembre 2017), siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- III. *Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por alguna de las partes. Aunque la norma no lo exige dado su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato solamente puede obtenerse mediante el acatamiento o la inclusión en el mismo de la cláusula.*
- IV. *Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinada a tal finalidad. Es irrelevante que el adherente sea el consumidor o un empresario, tal y como se recoge por la exposición de motivos de la LCGC, que recoge en su preámbulo: “La ley pretende proteger los intereses legítimos de los consumidores o usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”.*

Por lo tanto, no es tan relevante, como sostiene la SJM número 1 de Gerona de 16 de septiembre de 2013 aportada por la parte demandada, la negociación para la novación del préstamo

¹⁶ BALLUGERA GÓMEZ, “¿Es posible la negociación en el contrato por adhesión?” *Revista de Derecho VLEX* Nº165 enero 2018. Pp. 1 y ss.

¹⁷ Cuya doctrina reproduce y desarrolla posteriormente, la STS, 20 noviembre 2017 recogiendo como dice ALFARO y PAGADOR LÓPEZ “planteamientos doctrinales”.

hipotecario, como la posibilidad real de que el consumidor pudiera influir en la redacción de la cláusula suelo, a diferencia de lo defendido por la parte demandada. “*La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en una pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario*”. (STS, 29 noviembre 2017). Por lo tanto, las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones entre los profesionales entre sí, como entre las relaciones de estos con los consumidores.

5.3. Distinción entre condiciones generales y cláusulas individuales no negociadas, y diferencia entre contrato de adhesión y condiciones generales

Respecto la primera distinción, si la regulación es diferente dependiendo de si nos encontramos ante condiciones generales o cláusulas individuales no negociadas, será preciso diferenciar estos dos conceptos.

- I. Las cláusulas individuales no negociadas son aquellas cláusulas incluidas en contratos con consumidores redactadas unilateralmente por un empresario para incorporarse a un solo contrato.
- II. Las condiciones generales de la contratación son cláusulas predisuestas por una de las partes que han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (art. 1 LCGC). El régimen de la LCGC se aplica exclusivamente a las condiciones generales de contratación.

En cuanto la segunda, realmente no existen diferencias relevantes y los dos se refieren a la contratación en masa, pero visto desde diferentes ángulos. Según ALFARO los contratos de adhesión están conformados, al menos en parte, por condiciones generales¹⁸. El contrato de adhesión se refiere a una unidad, mientras que las condiciones generales se refieren a una parte de aquél. Si se diferencia uno del otro se está diferenciado el todo de la parte¹⁹. Por eso será más conveniente utilizar el término “contrato celebrado bajo condiciones generales” como equivalente al contrato de adhesión para así evitar la confusión. No obstante, quizás sería mucho mejor utilizar el término de “condiciones generales de la contratación” ya que es la opción que el legislador ha establecido en la LCGC.

Para terminar con esta distinción, parte de la doctrina mantiene que siempre que un contrato incorpore condiciones generales será un contrato de adhesión, pero no todo contrato de adhesión estará integrado por condiciones generales, ya que sí que existen los contratos de adhesión particulares cuando sus cláusulas se han predisuesto para un único contrato. por tanto, “contrato

¹⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “*Las condiciones generales de la contratación*”, Civitas 1991.

¹⁹ MORALES QUINTANILLA, “*Las condiciones... abusivas, sic*”.

de adhesión” y “contrato celebrado bajo condiciones generales” no son términos exactamente iguales²⁰

5.4. El registro de condiciones generales de contratación

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación se crea en virtud del artículo 11 LCGC y en él podrán inscribirse:

- I. Por un lado, “*las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación*” (depósito de formularios en uso).
- II. Las sentencias firmes estimatorias de nulidad o no incorporación relativas a condiciones generales²¹.

No serán objeto de inscripción en el registro ni los simples formularios no usados efectivamente en el tráfico por la empresa predisponente, ni las sentencias desestimatorias de la nulidad o no incorporación. En cuanto a la finalidad del RCGC el Reglamento lo configura como un instrumento de lucha contra las cláusulas abusivas. A este respecto, el RCGC es complementario a la calificación registral de las condiciones generales. Esta conexión aparece en los artículos 84 del TRLGDCU y en el 258.2 de la Ley Hipotecaria que establecen el registrador estará obligado a denegar la inscripción de la sentencia de nulidad o no incorporación de una condición general, cuando tal cláusula figure en algún documento presentado. Esto conlleva la simplificación de la motivación jurídica de la denegación (que es obligatoria según el art. 19 bis LH) ya que se reduce la constatación del hecho de encontrarse la declaración de nulidad o no incorporación de la cláusula inscrita en el RCGC.

²⁰ LLODRÁ GRIMALT, F., “*El contrato celebrado bajo condiciones generales. Un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*”, Tirant lo Blanch, 2002.

²¹ BALLUGERA GÓMEZ, “Urge reforzar el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”, *Blog de Notarios y Registradores*, 2017. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/urge-reforzar-el-registro-de-condiciones-generales-contratacion/>

6. CONTROL DE INCORPORACIÓN

Aunque el objeto de este trabajo es analizar el control que se efectúa sobre el contenido de las condiciones generales incluidas en los contratos versados entre empresarios o profesionales y consumidores, resulta conveniente, para una mejor comprensión, profundizar algo más en el otro de los controles citados, esto es, el control de incorporación.

A modo de introducción podemos afirmar que el control de inclusión o incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación es, según PÉREZ ESCOLAR, “*el análisis de los requisitos de naturaleza formal que deben concurrir en el proceso de formación del contrato para garantizar el acceso del adherente al contenido de las condiciones generales y que así puedan formar parte válidamente del clausulado contractual. En otras palabras, se trata de determinar qué presupuestos deben considerarse exigibles para que, ante la inexistencia de una fase de negociación previa en la contratación en masa, el adherente tenga posibilidad de conocer el contenido contractual, quedando ya en su mano conocerlo efectivamente o no*”²².

El control de incorporación es una fase totalmente necesaria de intervención legislativa que antecede al control de contenido o control material (que es objeto de este trabajo). Mientras que el control de contenido está dirigido a garantizar el equilibrio de las prestaciones conforme al principio de buena fe, el control de incorporación se dirige a procurar, en fase de formación del contrato, que el adherente tenga conocimiento o, al menos posibilidad de conocer su contenido, que conlleva la necesidad que las condiciones generales de contratación estén redactadas de forma comprensible.

El problema de la doble regulación:

¿Qué se incorpora?	Sujetos	Ley aplicable
Condiciones generales de la contratación	Contratos entre profesionales	LCGC, arts. 5 y 7
	Contratos con consumidores	TRLGDCU y LCGC
Cláusulas no negociadas individualmente	Contratos entre profesionales	Derecho Mercantil
	Contratos con consumidores	TRLGDCU, art. 80,1a

Dos leyes son las que regulan el control de incorporación: La LCGC, en sus artículos 5 y 7, y el TRLGDCU en el artículo 80.1a. Esta dualidad, que gran parte de la doctrina crítica, tiene su razón de ser en que los ámbitos de aplicación son diferentes, como podemos observar en la tabla.

En el caso de que se incorporen al contrato condiciones generales de la contratación, tendremos que distinguir a los sujetos del contrato:

- I. Si estamos ante un contrato entre profesionales: solamente será aplicable la LCGC, arts. 5 y 7.
- II. Si estamos ante un contrato con consumidores: habrá que estar a lo establecido en el TRLGDCU y a la LCGC. Aquí hay un solapamiento, pero no es problemático porque el contenido del art. 80.1a. TRLGDCU quedará absorbido por los arts. 5 y 7 LCGC (art. 59.3 TRLGDCU). La STS. 9 de mayo de 2017 afirma que nuestro Derecho ofrece un mayor nivel de protección a los consumidores al establecer un doble filtro ya que

²² PÉREZ ESCOLAR, M. “*Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*”. ADC, tomo LXVIII, 2015, fasc. II.

las condiciones generales en contratos con consumidores estarán sujetas a los dos regímenes del control de inclusión o de interpretación.

Si lo que se incorpora al contrato son cláusulas no negociadas individualmente, también hay que diferenciar los sujetos:

- I. Contratos entre profesionales.
- II. Contratos con consumidores: será de aplicación el TRLGDCU, art. 80.1a. Este ámbito tan pequeño, es el único en el que el art. 80 conserva una especificidad propia y ciertamente justifica su conservación²³ frente a lo dispuesto en la LCGC.

6.1. Características del control de incorporación

La LCGC establece en una serie de normas protectoras, unos requisitos legales que, en caso de no ser cumplidos, supondrá que las condiciones generales no lleguen a formar parte del contrato: el llamado control de incorporación. Estos requisitos de incorporación aparecen regulados en dos artículos: arts. 5 y 7 LCGC. Hay que advertir que el legislador reconoce expresamente en su artículo 23.2 el tratamiento conjunto de estos artículos al preceptuar que: “*los notarios (...) velarán por el cumplimiento (...) de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley*” (nosotros nos centraremos sobre todo en el art. 5 que es el principal).

El legislador considera el contrato escrito con condiciones generales como el supuesto característico sobre el cual establece los requisitos a cumplir por aquellas para entenderse incorporadas al contrato. Su régimen jurídico viene establecido, por tanto, en el apartado 1 del artículo 5 y nace con vocación generalista.

El control de incorporación al contrato de las condiciones generales de contratación persigue unos objetivos que se sintetizan en dos conceptos fundamentales, citados por PÉREZ ESCOLAR, que derivan del deber de información del predisponente y cuyo cumplimiento persigue garantizar la correcta formación del consentimiento contractual del adherente:

- I. **Cognoscibilidad o accesibilidad** de las condiciones generales de la contratación, “*en cuanto posibilidad del adherente de conocer el contenido de las condiciones generales en el momento de celebración del contrato*”²⁴, bien porque se le entreguen por escrito, o bien, porque se le pongan a su disposición por cualquier otro medio.
- II. Y, consecuentemente, **comprensibilidad o transparencia** de las mismas, lo que *conlleva la necesidad de que las condiciones generales estén redactadas de forma comprensible para un adherente medio con relación al tipo de contrato de que se trate*”²⁵. Estamos, en consecuencia, ante un asunto estrechamente vinculado al error como vicio del consentimiento.

²³ CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores”, Colex, 2011, pp 696-710.

²⁴ PÉREZ ESCOLAR, M., “*Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*”. ADC, tomo LXVIII, 2015, fasc. II.

²⁵ *Ibidem*.

De esta forma, se aplicarán los principios de buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC) y de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 CE, a la contratación con condiciones generales, donde se hace necesario un comportamiento responsable por parte del adherente. En palabras de PÉREZ ESCOLAR *“ello conecta con la doctrina de la excusabilidad del error para que sea vicio invalidante: siendo cierto que la conducta típica del adherente, tendente a concluir el contrato sin conocer su contenido, no se considera reprochable desde el punto de vista moral, también lo es que desde el punto de vista jurídico entraña un comportamiento negligente si realmente ha tenido la posibilidad de conocer el contenido de las condiciones generales, legitimándose así la validez de su consentimiento contractual. Lo contrario sería totalmente incompatible con la eficiencia y seguridad de la contratación y, por tanto, inaceptable”*²⁶.

A estos efectos vamos a analizar la cognoscibilidad y la comprensibilidad y nos vamos a detener en el artículo 5 de la LCGC. Este artículo sigue distinguiendo entre varios supuestos de modalidades de contratación de forma bastante descriptiva, pese a haber sido suprimido el supuesto que se refería a la contratación telefónica y electrónica, reproduciéndose ahora en el TRLGDCU.

I. Cognoscibilidad de las condiciones generales de contratación.

Vamos a distinguir entre contratos por escrito y no escrito:

A. El artículo 5.1, sobre contratos que **se formalicen por escrito** exige:

- a. En primer lugar, que el adherente acepte el contrato (arts. 5.1 y 7.a. LCGC), siendo la firma de aquel la forma habitual de expresión de aceptación, debiéndose hacer referencia a las condiciones generales que el contrato incorpore.
- b. En segundo lugar, el adherente deberá entregar un ejemplar de las condiciones generales que bien podría coincidir con el contenido del contrato o no, en caso de reenvíos a otros documentos.

En cualquier caso, es requisito imprescindible que el adherente tenga la opción de conocer de en su totalidad las condiciones generales en el momento de celebración del contrato (art. 7.a. LCGC, STS. 9 de mayo 2013).

En consecuencia, el primero de los requisitos, el de la firma, alude al contrato y no a las condiciones generales que pueden aparecer recogidas en un documento complementario del que se haga referencia en la antefirma del contrato y que debe ponerse a disposición del adherente al tiempo de la celebración de aquél.

Aunque, a tenor de lo anterior podemos pensar que estos requisitos se aplican a cualquier adherente, lo cierto es que el legislador parece tener sólo en mente la protección del consumidor. Esto se materializa en las complicaciones que su riguroso cumplimiento produce en las relaciones jurídicas entre empresarios.

²⁶ *Ibidem.*

B. Contratos que **no se formalicen por escrito**, art. 5.3 LCGC.

Son aquellos en los que el predisponente se limita a la entrega de un resguardo que justifica la operación realizada. Son, por tanto, contratos en los que las condiciones generales se ciñen a aspectos muy concretos del contrato, tales como la forma de pago o las limitaciones de responsabilidad.

La falta de resguardo justificativo, como una factura, no implicará que no se enmarque a esta categoría de contratos no celebrados por escrito en el ámbito del artículo 5.3, ya que el resguardo solamente tiene valor probatorio del contrato realizado.

En último lugar, para que se incorporen las condiciones generales de contratación al contrato es preciso que el adherente tenga garantizada la “*posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido*” (art. 5.3) por cualquier medio. Un ejemplo sería a través de anuncios visibles en el lugar de celebración del negocio. De cualquier forma, el adherente debe tener conocimiento de las condiciones generales antes de la celebración del contrato, o como plazo máximo, en el momento de su celebración. Sin perjuicio de esto, si las condiciones generales se insertaran en la documentación del contrato, no sería posible conocer su contenido hasta el momento inmediatamente posterior a dicha celebración.

C. En cuanto a la **contratación telefónica o electrónica**, art. 80.1.b) TRLDGCU, cabe decir que para que las condiciones generales se incorporen al contrato se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Debe constar la aceptación por el consumidor de todas las condiciones generales
- b) Inmediatamente debe enviarse al adherente justificación escrita (o en cualquier otro soporte) de la contratación real, donde han de figurar todos sus elementos.

El RD/1906/1999, de 17 de diciembre, desarrolla el artículo mencionado exigiendo que se informe al consumidor sobre las condiciones generales en dos momentos: antes de la celebración del contrato, con un plazo mínimo de tres días naturales, y después de haber celebrado el contrato, debiéndose enviar al adherente una confirmación documental del contrato realizado²⁷.

II. Comprensibilidad de las condiciones generales de contratación

*“La comprensibilidad o transparencia pide también que las condiciones generales sean transparentes, claras, concretas y sencillas (art. 5.5 LCGC; 80. 1.a. TRLDGCU)”*²⁸. Aquellas cuya redacción resulte ambigua, oscura o incomprensible e incluso ilegible, no quedarán incorporadas al contrato (art. 7.b. LCGC). Se introduce la cuestión de la legibilidad o percibibilidad de dichas cláusulas (art. 80.1b TRLDGCU) en estrecha relación con el tamaño de la letra empleada y la calidad de su

²⁷ MARTÍNEZ ESPÍN, “El Control De Las Condiciones Generales De La Contratación: Su Aplicación Al Contrato De Alquiler De Vehículos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N°6, 2013.

²⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Curso... Obligaciones, cit.

impresión. La modificación del artículo 80.1b introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, añadió el siguiente criterio objetivo para aplicar dicho mandato, de forma que: *“en ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”*

El art. 7.b) LCGC introduce una excepción respecto a las cláusulas incomprensibles que quedarán incorporadas al contrato cuando *“hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”*. De este artículo podemos deducir que estas cláusulas incomprensibles se refieren a normas específicas sobre transparencia, particularmente, las relaciones con la contratación bancaria y bursátil, que se caracterizan por un vocabulario de alto nivel técnico cuya utilización es necesaria en estos sectores de la contratación, pero que para el adherente medio son aparentemente incomprensibles.

El requisito de la transparencia de las cláusulas no negociadas tiene un hito en la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, sentencia que ha sacado a la palestra esta problemática con una gran repercusión social. La Sala Primera del Tribunal Supremo fijó doctrina *“sobre la validez y la posibilidad de control judicial del carácter abusivo de las cláusulas suelo incorporadas a contratos bancarios de préstamos a consumidores con garantía hipotecaria y a interés variable celebrados con consumidores y usuarios”*.²⁹ En la instancia inferior se había solicitado la declaración de nulidad de las cláusulas que fijan un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia.

El Tribunal declaró la nulidad por falta de transparencia por los siguientes motivos³⁰:

- 1. “Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato*
- 2. Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas*
- 3. No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar*
- 4. No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamos de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*

²⁹ “El Supremo fija doctrina sobre las cláusulas suelo de los préstamos bancarios a consumidores y el control judicial de su posible carácter abusivo”, nota de prensa del C.G.P.J., 2013. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/ci.El_Supremo_fija_doctrina_sobre_las_clausulas_suelo_de_los_prestamos_bancarios_a_consumidores_y_el_control_judicial_de_su_posible_caracter_abusivo.formato3

³⁰ MARTÍNEZ ESPÍN, “El Control De Las Condiciones Generales De La Contratación: Su Aplicación Al Contrato De Alquiler De Vehículos”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo N°6*, 2013.

5. 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”.

Es decir, se estimó que no es suficiente con que las cláusulas de forma aislada sean comprensibles. Además, los consumidores deben ser informados de forma clara y destacada, sin que las cláusulas puedan pasar inadvertidas al consumidor entre otras propias de un contrato tan complejo. Asimismo, el consumidor debe ser informado de otros productos para que pueda realizar una comparación y pueda optar después de tener una información suficiente. Por último, “se declara que la nulidad de las cláusulas no afecta a la subsistencia de los contratos ni a las cantidades ya pagadas”³¹.

Otra sentencia relevante es la STS de 8 de septiembre de 2014. La resolución ha considerado de gran importancia el cumplimiento del principio de transparencia en relación a las “cláusulas suelo” considerando estas un elemento significativo del contrato, motivo por el que deben ser objeto de un “realce específico y diferenciable” respecto del resto del clausulado contractual, no pudiendo pasar inadvertidas para el consumidor.

El art. 7 LCGC establece que el incumplimiento de las estipulaciones relativas a los requisitos de incorporación de las condiciones generales supondrá que estas no se tengan por incorporadas al contrato, de igual forma ocurrirá con aquellas que contengan condiciones particulares contrarias a las condiciones generales, excepto si estas últimas favorecen al adherente (art. 6.1. LCGC). La sanción de no incorporación también se extendería a las cláusulas sorprendentes.

El artículo 9.1 LCGC versa sobre quien puede instar la no incorporación, limitando la legitimación activa al adherente.

Finalmente, el artículo 10.1 de la LCGC dispone que la no incorporación o nulidad de las cláusulas no afecta, como regla general, a la validez y eficacia del contrato salvo en dos casos: Que afecten a los elementos esenciales del contrato, en este caso el contrato sería declarado nulo, o bien, que el contrato no pueda pervivir sin las cláusulas nulas o no incorporadas, en ese supuesto el contrato sería declarado ineficaz.

6.2. Criterio de condición más beneficiosa y cláusulas sorprendentes

Por otro lado, cabría señalar lo dispuesto en el artículo en el artículo 6.1 LCGC. ALFARO indica que el criterio establecido por ese precepto es el de la condición más beneficiosa para el adherente y en caso de no poder determinarse cuál es la condición más beneficiosa, se aplica el criterio de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales.

Finalmente, la LCGC no hace mención a las conocidas como “cláusulas sorprendentes”, cuyo origen se encuentra en el Derecho alemán, y que tampoco aparecen incluidas ni en la Directiva 93/13/CEE ni en el TRLGDCU; y son aquellas consideradas “tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia”, y que, por tanto, contradicen las

³¹ *Ibidem*.

expectativas que razonablemente y de forma legítima pudiera tener aquel, motivo este que excusa su inclusión en la normativa contractual al entenderse que no han podido ser aceptadas por el adherente.

7. CONTROL DE CONTENIDO

7.1. Introducción

El control del contenido se encuentra regulado en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios³² en sus artículos 80 y siguientes.

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 del Código Civil³³.

El fundamento³⁴ del específico control de contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas en los contratos con consumidores es “*reducir la complejidad de la toma de decisión del consumidor, ahorrándole el estudio de las mismas y la búsqueda de alternativas posiblemente inexistentes*”.

El resultado negativo de este control otorga a la condición general o cláusula predispuesta la calificación de abusiva.

Como dijimos en la introducción de este trabajo, se procederá al control de contenido de una cláusula de un contrato cuando cumpla determinados requisitos que ahora desarrollaremos. Estos requisitos son relativos al contenido del contrato y a los sujetos.

¿Cuándo se aplica el control de contenido?	En condiciones generales, cláusulas predispuestas o prácticas no consentidas expresamente.
	Cuando las partes del contrato sean empresarios y consumidores
	Cuando las cláusulas no se refieran al objeto principal del contrato

Los acuerdos individuales están sometidos a los límites generales de la autonomía privada, art. 1255. Si solo son empresarios también se aplican estos límites.

La existencia de dos tipos de control: control de incorporación y control de contenido, hacen que la legislación española no sea un “modelo de perfección técnica”, a juicio de ALFARO³⁵ pero sus conceptos y ámbitos de aplicación están, a su parecer, claros.

³² Véase el apartado 2 del índice: “Antecedentes legislativos y legislación aplicable”.

³³ CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentarios..., Consumidores, sic”, pp 711-753.

³⁴ Véase el apartado 4 del índice: “Constitucionalidad del Derecho De Consumidores Y Razón De Ser”

³⁵ ALFARO, J., “Clavería sobre cláusulas abusivas” *Blog Almacén de Derecho*, 2015. Disponible en: <https://almacenederecho.org/claveria-sobre-clausulas-abusivas>

7.2. Ámbito de aplicación

7.2.1. Ámbito objetivo

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios establece que serán objeto de control de contenido las condiciones generales y las cláusulas no negociadas individualmente³⁶ siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- Que se trate de una cláusula que no regule los elementos esenciales del contrato. En el caso de que regule elementos esenciales la cláusula estaría sometida sólo al control de transparencia³⁷, art.80.1.
- Que no sea una cláusula negociada individualmente.

I. Requisito que no regule los elementos esenciales del contrato

El primer requisito surge a la luz de la importante Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Exactamente en su artículo 4.2 indica que la determinación del carácter abusivo de una cláusula no se extenderá a los elementos esenciales del contrato siempre que ésta se redacte de una forma “clara y comprensible”. El motivo de la disposición es que la competencia en el mercado funciona, en principio, de manera eficiente. Esto es una manifestación de los principios de la economía de mercado: la autonomía de la voluntad y la libertad contractual de las partes, es decir, las partes son las mejores reguladoras de sus intereses. En otros términos, como expresa ALFARO³⁸, los elementos esenciales del contrato los controla la competencia entre oferentes, no el Derecho.

En este mismo sentido se expresa el decimonono considerando de esta directiva: *“Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”*.

La directiva ha sido aplicada por el TJUE en numerosas ocasiones y a lo largo de este apartado iremos exponiendo varias sentencias reseñables.

Por el contrario, hay un sector reducido de la doctrina como CLAVERÍA que aboga por el control de los precios y las prestaciones por parte de los jueces, algo inconcebible para

³⁶ Véase el apartado 5.3 del índice: “Distinción entre condiciones generales y cláusulas individuales no negociadas, y diferencia entre contrato de adhesión y condiciones generales”

³⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas negociadas individualmente vs condiciones generales o predispuestas”, *Blog de Derecho Mercantil*, 2012. Disponible en: <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2012/11/clausulas-negociadas-individualmente-vs.html>

³⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Curso... Obligaciones, cit.

ALFARO ya que según él eso no es tarea del Derecho de las cláusulas predispuestas. Para lograr el equilibrio objetivo entre las prestaciones ya contamos en nuestro ordenamiento con la prohibición de los contratos usurarios y leoninos y las normas que regulan imperativamente la “calidad” de la prestación.³⁹

Una vez que se ha comprobado que la redacción de las condiciones es clara y comprensible las cláusulas se incorporan al contrato y se va a analizar para determinar si son abusivas:

- Si definen el objeto principal del mismo
- O si se refieren a la relación- calidad precio

Se diferencian en que, mientras la primera excluye determinadas cláusulas por su objeto, la segunda impide que los tribunales declaren abusiva una cláusula relativa al precio simplemente porque este sea inapropiado o excesivo⁴⁰.

Si una de estas condiciones es afirmativa, el control de contenido no tendrá lugar y esas cláusulas no tendrán carácter abusivo, sin perjuicio que el juez nacional rescinda el contrato por lesiones (arts. 1291, 1º y 2º, 1293 CC) o el tribunal pueda declarar usuario el tipo de interés pactado (Ley 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamo usurarios).

A. Cláusulas definatorias del objeto principal del contrato

Siguiendo lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, este requisito se refiere a las cláusulas del contrato que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que lo caracterizan. Por otro lado, serán cláusulas de carácter accesorio las que no formen parte del “objeto principal del contrato”. “Las Conclusiones del Abogado General Sr Gerard HOGAN” afirman que debemos entender la expresión «objeto principal del contrato» como la obligación más característica del contrato. Por ejemplo, en un préstamo la obligación más característica sería poner a disposición del prestatario una cierta cantidad de dinero.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-96/14 (Jean-Claude Van Hove / CNP Assurances SA) de 23 de abril de 2015 recordó cómo se ha de efectuar el examen de la cláusula para determinar si forma parte del “objeto principal del contrato”: tiene que llevarse a cabo atendiendo a la naturaleza, la configuración general y a todas las estipulaciones del contrato, así como al contexto jurídico y, de hecho.

Puede ser que aun siendo cláusulas que definan el objeto del contrato, quepa apreciar su abusividad por falta de transparencia⁴¹, art. 3.1 y 4.1 de la Directiva. Esto sería una excepción⁴². El TJUE en la Sentencia de 20 de septiembre de 2017, C-186/16 (caso Andriuc), considera en su apartado 57 que el criterio para determinar si una cláusula referida al objeto principal es abusiva para el consumidor es la verificación por parte del juez nacional de “*si el profesional podría estimar razonablemente que, tratando de una manera*

³⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Curso... Obligaciones, cit.”.

⁴⁰ “Conclusiones Del Abogado General Sr. Gerard Hogan” presentadas el 15 de mayo de 2019 (Asunto C-621/17).

⁴¹ Véase el apartado de “Requisito de transparencia material”.

⁴² PANTALEÓN, F., “Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13”, *Blog Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-el-articulo-4-2-de-la-directiva-9313>

*leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*⁴³. PANTALEÓN sugiere que este criterio fue utilizado por el Tribunal Supremo en la Sentencia 631/2018, de 13 de noviembre por el que se declaró nula la cláusula “no show” en los contratos de transporte aéreo. Otro criterio se puede deducir de la Sentencia del Tribunal Supremo 661/2019, de 12 de diciembre que considera abusivas las condiciones generales que “*desnaturalizan el contrato por entrar en contradicción con el contenido prestacional usual de contratos del mismo tipo; lo que, en defecto de transparencia material, las hace sorprendentes para el consumidor*”.

En la Sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11 (caso RWE Vertibre) se estableció un requisito de transparencia, en cuanto que una cláusula que describa el objeto principal del contrato tiene la obligación de ser suficientemente precisa y “*proporcionar a los consumidores la información necesaria para valorar las consecuencias económicas que se deriven del contrato*”. Este requisito fue matizado por otra sentencia del TJUE: la Sentencia de 26 de febrero de 2015 “Asunto Matei”. El requisito de transparencia “*exige no solo que el consumidor sea capaz de entender a qué se expone, sino que también ha de conocer los motivos que justifican la cláusula en cuestión*”. No obstante, el abogado General Gerard HOGAN considera que esto último se refiere a las circunstancias concretas del “Asunto Matei.

B. Relación calidad-precio

Este segundo requisito se refiere a que el tribunal no podrá realizar un control de precios ni, por consiguiente, anular una cláusula que establezca el precio, aunque resulte desproporcionado a la prestación⁴⁴. Por ejemplo, la cláusula que establece la renta mensual a pagar por el consumidor arrendatario por cada metro cuadrado de un local.

La sentencia del TJUE Asunto C-26/13 de 30 de abril de 2014 (Kásler) dictamina que esta causa de exclusión va a tener un alcance reducido porque no existe ningún baremo o criterio jurídico capaz de delimitar y orientar este control⁴⁵. Vemos que la jurisprudencia del TJUE relega este segundo requisito a un papel muy secundario, casi marginal.

Esta decisión fue reiterada por la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2015 (Matei) en sus apartados 54 y 55, y más tarde por la Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019 (Kiss). Observamos cómo en la práctica ninguna sentencia ha incluido este requisito, esto no deja de ser sorprendente ya que es evidente como señala PANTALEÓN⁴⁶ que sí que existen condiciones generales o cláusulas no negociadas individualmente que determinan la ratio precio/cosa o servicio.

Si en las cláusulas definitorias del objeto principal hablábamos de una excepción por no haber transparencia, en esa causa de exclusión esto es irrelevante. Ello se desprende de sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 538/2019, de 11 de octubre, y 121/2020,

⁴³ PANTALEÓN, F., “8 preguntas y respuestas sobre la transparencia material de las cláusulas predispuestas”, *Blog Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://almacendederecho.org/8-preguntas-y-respuestas-sobre-la-transparencia-material-de-las-clausulas-predispuestas>

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 44/2019, de 23 de enero de 2019.

⁴⁵ “*Conclusiones Del Abogado General Sr. Nils Wahl*” presentadas el 12 de febrero de 2014. (Asunto C-26/13)

⁴⁶ PANTALEÓN, F., “Sobre... Directiva, sic”.

de 24 de febrero, y de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 26 de enero de 2017, Banco Primus; 20 de septiembre de 2017, Andriuc; 14 de marzo de 2019, Dunai; y 5 de junio de 2019, GT. Fernando PANTALEÓN dice expresamente que: *“la falta de transparencia material de las cláusulas o condiciones generales contempladas en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 sólo abre la puerta a la apreciación de si son, o no, abusivas conforme a los parámetros de sus artículos 3.1 y 4.1. Apreciación, esa, en la que no puede tomarse en consideración la ratio precio/cosa o servicio: en una economía de mercado, no cabe un control judicial general de la justicia de los precios”*.

Finalmente, podemos exponer como modo de conclusión de la aplicación de la directiva, la Sentencia del TJUE, del 26 de enero de 2017 (caso Banco Primus). En esta sentencia el Tribunal interpretó el precepto desarrollando la argumentación de la STJUE, del 21 de diciembre de 2016, afirmando que *“las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida (...) solo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible”*.

¿Cómo ha sido traspuesta esta directiva a nuestro ordenamiento jurídico?

No ha sido traspuesta de forma expresa al Derecho español por un error⁴⁷ durante la tramitación de la LCGC y, por ello las Audiencias Provinciales y tribunales inferiores han emitido sentencias contradictorias.

El Tribunal Supremo ha considerado en su sentencia del 9 de mayo de 2013 que las cláusulas no negociadas que contienen los elementos esenciales del contrato no son susceptibles de un control de contenido. En cambio, sí que van a quedar sometidas a los controles de inclusión (arts. 5 y 7 LCGC) y de transparencia (art. 80.1 TRLGDCU), en cuyo caso la cláusula tiene que permitir al consumidor comprender su importancia real en el “desarrollo razonable del contrato”.

De esta forma, si una condición se refiere al “objeto principal del contrato”, el tribunal estima que el control de transparencia conlleva que la información proporcionada tiene que permitir al *“consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, es decir, (el consumidor) debe tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”*.

Decisiones posteriores del TS -entre las que pueden citarse: STS. 8 de septiembre 2014, 24, y 25 marzo 2015, 20 y 30 enero 2017, 9 de marzo de 2017, 25 de mayo 2017, 8 de junio 2017, 7 y 24 de noviembre 2017, 17 enero 2018- sin embargo, matizaron y desarrollaron la doctrina establecida por esta destacada sentencia, especialmente a partir de 2017, a raíz de la jurisprudencia sentada por el TJUE (sobre todo, S. 21 diciembre 2016 y 26 enero 2017). Este desarrollo y matización vino dado por el paso de “una consideración objetiva y abstracta del control de transparencia (cláusula abstractamente no comprensible por el consumidor

⁴⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Curso... Obligaciones, cit.

medio”⁴⁸, hacia una consideración subjetiva, centrada en el conocimiento que de manera específica tenía el consumidor cuando celebró el contrato impugnado.

CÁMARA LAPUENTE considera que el TS ha derivado “de entender que la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato desemboca en su “abusividad directa”, al encontrar un fundamento genérico o presunto del desequilibrio que causa la falta de transparencia”⁴⁹ (como en STS. 24 y 25 de marzo, 29 abril y 23 diciembre 2015), siendo tal fundamento la imposibilidad de comparar las diferentes ofertas que ofrecía el mercado, a entender, siguiendo la doctrina dictada por el TJUE, una “abusividad ponderada” de forma que cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente”⁵⁰.

Por lo tanto, según la jurisprudencia inicialmente establecida por el TS, el control de transparencia es un parámetro abstracto de validez, basado en el deber de información precontractual que recae sobre el predisponente y que es distinto de la evaluación que se realiza sobre el consentimiento y es propia de la acción de anulabilidad por error-vicio.

Sin embargo, tras la STS de 9 de marzo de 2017 se diluyen los parámetros objetivos fijados en la STS de 2013 y se dé una importancia destacada a nuevas pruebas relativas a la comprensión del consumidor de cada caso concreto tratándose de constatar la existencia de un consentimiento pleno de este.

De manera que el TS convierte una transparencia objetiva -fundada en el deber de información precontractual- en una transparencia subjetiva -basada en la evaluación del consentimiento y comprensión del consumidor en cada caso concreto que “aproxima (discutiblemente, en opinión de CÁMARA LAPUENTE) falta de transparencia tanto a vicio de consentimiento como a falta de negociación”⁵¹. Esta opinión es compartida, asimismo, por AGÜERO ORTIZ.

A pesar de lo anterior, el TS ha hecho un esfuerzo por establecer diferencias entre esta aproximación subjetiva y el control de transparencia de las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato y al error del vicio de consentimiento, como en su STS de 8 de junio de 2017: “*no puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento*”.

De forma que en la primera se realiza un control objetivo de la cláusula y del proceso por el que se llevó a cabo la contratación, en la segunda, el estudio de las circunstancias personales de los contratantes es fundamental para establecer la existencia del error, y en caso de existir este, su excusabilidad. Además, es necesario que el error sea sustancial al recaer sobre elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y, por tanto, la prestación del consentimiento.

Las consecuencias legales de uno y otro régimen son divergentes:

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

En el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente con un consumidor- que lleva a cabo el control de transparencia-, implica que dicha cláusula se tenga por no puesta, perviviendo el resto del contrato, mientras que en la anulabilidad por error o vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad, obligándose las partes a restituirse recíprocamente todo lo percibido en virtud del contrato con sus frutos o intereses.

II. Requisito que no sea una cláusula negociada individualmente

La ley no aclara el significado de este concepto y solamente se refiere a él para señalar sus requisitos. Si acudimos a la Directiva 93/13/CEE en su art. 3.2 comprenderemos que será tal la cláusula que: *“no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”*. El consumidor ve anulada su capacidad de negociación porque el contenido del contrato está predispuesto e impuesto por el empresario. Es un clausulado ante el que el consumidor solo tiene la opción de adherirse o no, sin poder decidir sobre su contenido⁵².

Sobre estas cláusulas o estipulaciones recaerá el control tal y como se desprende del art. 82.1 del TRLGDCU: se controlarán las *“estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente”*.

Las estipulaciones son las cláusulas que contiene el contrato “stricto sensu”, ello conlleva que las cláusulas sometidas a control se observan desde una dilatada perspectiva. Allende de las estipulaciones, las prácticas (comerciales) son: *“todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial (...) directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios ...”*, aptdo. 2 del artículo 19.2 TRLGDCU.

De esta forma, hay que entender que son *“comportamientos que no integran al contrato y que no pueden por tal razón ser tratadas como genuino contenido contractual”*⁵³.

Por lo tanto, y aunque su utilización suponga incurrir en un desequilibrio entre las partes del contrato, dichas prácticas no pueden ser anuladas, como si fueran cláusulas abusivas (no son equiparables), con la mera declaración de nulidad de pleno derecho. Es decir, a pesar de que las prácticas contribuyen en la labor de valoración por parte del juez del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, a las prácticas no les son aplicables las medidas de control recogidas en la normativa protectora de los consumidores y usuarios. En sentido contrario, estas conductas tienen que ser tratadas como factores de valoración del contenido contractual, siempre que puedan ser consideradas circunstancias concurrentes al tiempo de celebración y/o ejecución del contrato, art. 82.3. de esta forma, las cláusulas y estipulaciones sí que serán objeto de control, pero las prácticas no⁵⁴.

⁵² BOSCH, E., SÁNCHEZ, M. (cds.), VAQUER, A., *“Derecho europeo de los contratos”*. Libros ii y iv del Marco Común de Referencia. 2 vols., Barcelona, Atelier, 2012, p.131.

⁵³ CARBALLO FIDALGO, M. *“La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente: disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas”*, Bosch, 2014, p.72.

⁵⁴ STJUE (Sala Primera), 15.3.2012 (asunto C-453/10, Jana Pereničová, Vladislav Perenič/SOS financ.). De los considerandos 42, 43 y 44 se desprende que se ha de tener en cuenta las prácticas cuando sostiene que las circunstancias relativas a la celebración del contrato sirven

III. Cláusulas declarativas

Las cláusulas declarativas son aquellas que reproducen normas legales o administrativas de carácter general. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre estas normas y afirma que persiguen el respeto por la legislación en sectores determinados, como los de las entidades aseguradoras, entidades de crédito y otras entidades financieras.

De cualquier modo, está claro que toda cláusula que sea declarativa debe su contenido a la propia ley y no a un acuerdo de voluntades. El art. 4, párrafo 2º de la LCGC, por la que se traspone el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CE excluye las cláusulas declarativas de su ámbito de aplicación porque no cumplen con el requisito de Contractualidad, en cuanto que éstas no estipulan una consecuencia jurídica distinta para el supuesto regulado por la ley⁵⁵. No se consideran producto de la autonomía privada y por ello están excluidos del ámbito objetivo del control de contenido.

7.2.2. Ámbito subjetivo: La noción de consumidor o usuario y empresario o profesional

I. Concepto de consumidor y empresario

Hasta ahora hemos visto dos de los requisitos necesarios para que en una cláusula proceda el control del contenido: que la cláusula no se refiera a los elementos esenciales, ni que sea negociada. Existe otro requisito y es con respecto a los sujetos: la relación jurídica se tiene que dar entre consumidor o usuario y empresario o profesional. Ya que el control del contenido sólo se va a aplicar en los contratos entre empresarios y consumidores, va a ser preciso determinar la noción de consumidor y usuario.

El artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General en Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU), lo distingue perfectamente⁵⁶, considerando que se entiende como Consumidor a toda persona física o jurídica que actúe en el ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial: *“Son consumidores y usuarios todas las personas físicas o jurídicas que actúen en el ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.”*

⁵⁷A efectos explicativos, conviene mencionar el artículo 1.2 de la extinta Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios, contenía la noción de consumidor en su aspecto positivo: *“Las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes, muebles, inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones,*

como elementos para la apreciación de abusividad, lo cual no basta para declararla automáticamente, sino que debe ser apreciada por el órgano jurisdiccional competente en atención a los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE.

⁵⁵ MORALES QUINTANILLA, *“Las condiciones... abusivas, sic”*.

⁵⁶ ROMÁN LLAMOSÍ, S., *“Cláusula abusiva. Antecedentes legislativos. Tratamiento procesal actual” Revista De Derecho VLEX Nº 136, septiembre 2015. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/clausula-abusiva-antecedentes-legislativos-583056579>*

⁵⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., *“Comentarios..., Consumidores, sic”*, pp 696-710.

cualquiera que sea naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

El párrafo tercero de la Ley 26/1984 incluía la definición en un aspecto negativo: “*No tendrán la consideración de consumidor o usuario quienes sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*”. El TRLGDCU ha abandonado (aparentemente) esta definición de consumidor en favor de una nueva noción legal proveniente de las Directivas Comunitarias sobre protección de los consumidores. con ello el concepto se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas.

Por otro lado, es necesario precisar el término empresario o profesional. Tendrán la condición de empresario o profesional “*toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*” (art. 4 TRLGDCU).

La diferencia entre consumidor y profesional aparece recogida en el artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, recogiendo como Consumidor a toda persona física o jurídica que en los contratos actúe con propósito ajeno a su actividad profesional.

Mientras que se entiende por empresario o profesional toda persona física o jurídica que actúe dentro del ámbito de su actividad profesional. Una empresa nunca puede ser considerada Consumidor o Usuario, puesto que si contrata nunca puede ser como consumidor final, sino para integrar dichos bienes al proceso de producción. Este razonamiento se extiende a los autónomos por su condición de empresarios individuales. En este sentido se han pronunciado la mayoría de nuestros tribunales que diferencian los contratos realizados por autónomos o empresas en el ámbito de su actividad comercial que no pueden ser acogidos por la LGDCU, dado que se refiere únicamente a los consumidores que actúan en el ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial.

Hay varias resoluciones destacadas sobre la condición de consumidor⁵⁸:

- Sentencia del Tribunal Supremo 356/2018, de 13 de junio. La sala señala que quien financia una inversión como es la adquisición de una vivienda para su arrendamiento en un marco no profesional o empresarial, sino de inversión tiene la condición de consumidor.
- Sentencia del Tribunal Supremo 548/2018, de 5 de octubre. Se considera que no es consumidor quien amplía un préstamo destinando la ampliación a la adquisición de la mitad del

⁵⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., “Resoluciones destacadas de consumo y empresa” *Revista Consumo Y Empresa* N.º. 8, noviembre 2018.

capital social de una sociedad mercantil. Dado que cuando contrata la ampliación no ostenta la condición de consumidor, no resulta aplicable la normativa protectora de los consumidores y no es posible aplicarla a la ampliación.

- Sentencia N.º C-498/16 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2018 (asunto Schrems) resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

a. El concepto de “consumidor” debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

b. Solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

c. Dado que el concepto de “consumidor” se define por oposición al de “operador económico” y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de “consumidor”.

d. Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

- Sentencia del Tribunal Supremo 230/2019, de 11 de abril. Reitera que una misma persona puede ser considerada respecto a algunas operaciones consumidor y, empresaria respecto a otras, recordando que en nuestro derecho la cualidad de empresario no deriva de la obtención de licencias o superación de requisitos administrativos, es decir, no se basa en el cumplimiento de un requisito formal. Asimismo, reafirma que la no condición de consumidora excluye el control de transparencia y abusividad.

II. El Consumidor Medio

La profesora de Derecho Civil Teresa HUALDE⁵⁹ aborda de manera novedosa la imagen del consumidor europeo. En su trabajo afirma que, aunque no existe un concepto uniforme y homogéneo de consumidor en el derecho de la Unión Europea, sí que existe una imagen de consumidor que lo define en el mercado.

Se puede entender como consumidor medio al consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz que es capaz de interpretar y procesar correctamente la información que recibe, sin realizar una búsqueda exhaustiva. La idea de consumidor medio surgió para la evaluación de las prácticas engañosas y para medir el posible error del consumidor.

Los orígenes de esta definición se remontan a la primera jurisprudencia del TJCE (STJCE del 11 de julio de 1974: Sentencia “Cassis de Dijon”) y luego del TJUE con motivo de los conflictos que iban surgiendo sobre prácticas publicitarias desleales. Esta categoría de consumidor se trasladó poco después al propio Derecho escrito (Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo) convirtiéndose en la noción paradigma en el resto de sectores en los que se ha desarrollado la protección de consumidores.

Junto con esta acepción de consumidor medio, surge por oposición la noción legal de consumidor vulnerable que es aquella persona que tiene una dolencia física, trastorno mental o poca madurez emocional para no poder impedir que un acto realizado por un comerciante sea capaz de modificar su comportamiento económico de forma trascendental.

Es preciso mencionar que este modelo de consumidor actualmente está en crisis sobre todo en los sectores del transporte, los servicios financieros, las telecomunicaciones o el mercado energético.

III. El ámbito subjetivo del control de contenido en la legislación alemana y europea

En Alemania la regulación de las condiciones generales de la contratación se encuentra integrada en los artículos 305 a 310 del Código Civil alemán (BGB). Antes de integrarse en 2002 estaba recogido en la AGB- Gesetz de 1976. El Código Civil alemán protege a los empresarios adherentes⁶⁰ a través del control de contenido, sin embargo, los contratos entre empresarios quedan fuera del control de incorporación.

El control de contenido alemán se estructura en dos vías: por un lado, en torno a la cláusula general de la buena fe, recogida en el art. 307 BGB, en que todo tipo de adherente es protegido, ya sea

⁵⁹ HUALDE, T. “*Del Consumidor Informado Al Consumidor Real. El Futuro Del Derecho De Consumo Europeo*”, Dykinson, 2016.

⁶⁰ Acerca de la situación previa a la codificación, ver RAISER, L., 1935, pp. 277 y ss. Respecto de la inclusión en el BGB, ver PFEIFFER, T., 2009, pp. 4-5; ZIMMERMANN, R., 2006, pp. 71-87; CRISTOFARO, G., Riv.dir.civ., 2004, pp. 667-693. En español, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., ADC, pp. 1147-1149.

consumidor o no. Por otro lado, esta disposición general se complementa con dos listados de cláusulas que se aplicarán en exclusiva a contratos de consumo:

- Cláusulas relativamente prohibidas sujetas a posibilidad de valoración, art. 308 BGB.
- Cláusulas absolutamente prohibidas, son ineficaces sin posibilidad de valoración “*incluso cuando esté permitida una desviación de las disposiciones legales*”, art. 309 BGB.

De este modo observamos que los empresarios adherentes si bien están protegidos, no lo están al nivel de los consumidores, porque las categorías de cláusulas relativas y absolutamente prohibidas contenidos en los artículos 308 y 303 del BGB están expresamente excluidos de aplicación a los contratos entre empresarios. La doctrina y la jurisprudencia han salvado este obstáculo acordando que es posible valorar estas cláusulas fuera de los contratos de consumo ya que es razonable y lógico considerar que determinados acuerdos prohibidos en ese ámbito lo pudieran estar de igual forma en un contrato entre empresarios.⁶¹

Para ello, el Tribunal Federal de Justicia Alemana (BGH) elabora la Teoría de los Indicios (“*Indiztheorie*”), en virtud de la cual, los listados de cláusulas abusivas servirían de base para “*una valoración paralela en la esfera comercial de tal modo que, por ser los supuestos de estos párrafos una concreción de la cláusula general de la buena fe, aumentaría la claridad y seguridad jurídica*”⁶².

Un sector de la doctrina critica que un abuso del efecto indiciario produciría una excesiva equiparación en el control de las condiciones generales de la contratación entre empresarios y consumidores. A mayores, algunos autores alemanes consideran negativa la actuación de los Tribunales alemanes en su aplicación del control de contenido en los contratos mercantiles, ya que opinan que se está saltando el mandado jurídico de diferenciación del art. 310 I del BGB, que pivota sobre la base de los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial y que conlleva el reconocimiento de unas necesidades de protección distintas en relación con los contratos de consumidores e incluso de unos adherentes empresarios respecto de otros⁶³.

Una influencia clara y directa tiene la AGB- Gesetz en la legislación portuguesa en su Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de octubre, regulador del “*regime das cláusulas contratuais gerais*”. El ordenamiento portugués es el que mayor protección ofrece al empresario adherente porque no solamente se incluyen los contratos entre empresarios dentro del control de incorporación, sino que también están afectados por el control de contenido que se estructura sobre el principio general *de la boa-fé* (art. 15) y de dos listas de cláusulas absoluta (art. 18) y relativamente prohibidas (art. 19) que están específicamente previstas para los contratos entre empresarios y que son diferentes a los elencos aplicables a los contratos de consumo.

⁶¹ MATO PACÍN, N., “*Cláusulas... adherente, sic*”.

⁶² Acerca de la «*Indiztheorie*», entre otros, RABE, D., NJW, pp. 1980 y ss.; BERGER, K. P.; KLEINE, L., EWIR, pp. 169-170; MERKEL, H., 2009, pp. 142 y ss.

⁶³ BERGER, K. P., NJW, pp. 465-470; LEUSCHNER, L., JZ, 875-884; Becker, F., JZ, pp. 1098-1106.

Si una cláusula de un contrato encaja con las que aparecen dentro del catálogo del art. 18 se declarará automáticamente la ineficacia de ésta, sin que quepa valoración judicial. Si la cláusula corresponde al listado de las cláusulas relativamente prohibidas se tendrá en cuenta el denominado “*quadro negocial padronizado*” en un proceso de valoración judicial⁶⁴.

En este mismo sentido, la mayoría de los textos del Derecho uniforme europeo incluyen al adherente empresario como sujeto a proteger a través de un control de contenido en los contratos predispuestos.

Así lo podemos observar en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), en el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo (DCFR) y en los Principios *Acquis*. Los PECL se refieren a un control material único para todo adherente basado en “la buena fe” y el “desequilibrio notable de derechos y obligaciones de las partes”.

El DCFR trata estas reglas de una forma diferente ya que, aunque protege tanto a los consumidores como a los no consumidores, no lo hace desde un control único, sino que diferencia los criterios a aplicar para establecer la abusividad teniendo en cuenta las partes del contrato. En lo que respecta a los contratos entre empresarios, se acude a las “buenas prácticas comerciales en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos”. De este mismo modo, en los Principios *Acquis* se incorpora una norma específica parecida con la que se modula la buena fe en las relaciones contractuales entre empresarios: “apartamiento notorio de la buena práctica comercial”.

El Proyecto de Pavía es el único texto que difiere de esta tendencia al excluir a los empresarios como sujetos a tutelar frente a las cláusulas abusivas.

7.3. Formulación del control de contenido en tres niveles

Siguiendo a MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁶⁵, el control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores se estructura legalmente en tres niveles, de menos a mayor grado de concreción.

1. Se configura como regla general que el contenido de dichas cláusulas debe responder a los principios de “*buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*”, art. 80.1.c TRLGDCU.
2. En segundo lugar, se establece que “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas 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”, art. 82.1 TRLGDCU
3. En tercer y último lugar, se recoge la lista de cláusulas abusivas. Serán abusivas en cualquier caso aquellas cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU, art. 82.4 TRLGDCU.

⁶⁴ MATO PACÍN, N., “Cláusulas... adherente, sic”.

⁶⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Curso... Obligaciones, cit.

Vamos a ver uno por uno:

I. Principio general de buena fe y justo equilibrio

La exigencia de la buena fe es una condición indispensable para que las condiciones predispuestas tengan validez. Esta buena fe es una expresión de la forma de proceder leal de quien tiene en cuenta los intereses del otro al tomar una decisión que, adoptada de manera unilateral, tendrá efectos para las dos partes, sin que una de ellas haya podido protegerse dando su consentimiento a dicha decisión⁶⁶.

En este ámbito el trabajo de referencia es el realizado por W. ZOLLNER⁶⁷ versado en los deberes de lealtad que debe respetar un socio mayoritario en relación con el socio minoritario cuando el primero adopta acuerdos que afectan a la esfera jurídica del segundo, sin que éste último haya prestado su consentimiento, concretamente, en acuerdos sobre el contrato social.

El predisponente establece el contenido del negocio jurídico conector que el adherente no se encuentra en condiciones de verificar la oferta y compararla con otras que puedan serle ofrecidas en el mercado.

Es por ello que, el predisponente, debe verse sujeto a las exigencias de la buena fe al redactar las condiciones predispuestas teniendo en cuenta los intereses legítimos de la contraparte y no debiendo incluir ninguna condición, que, de haber existido una verdadera negociación entre las partes, no hubiera sido aceptada por el adherente.

Esto explica claramente la razón de porqué las condiciones predispuestas deben estar sometidas al control del contenido. En la Memoria que acompañaba al Borrador de Ley de condiciones generales elaborado por el Ministerio de Justicia en 1992 se decía: *“la mayoría de las cláusulas concretas que esta ley prohíbe no serían objetables en el seno de contratos negociados, precisamente porque estarían amparadas por la autonomía privada”*.

Es la nota de la redacción unilateral por parte del empresario lo que las hace reprobables. El predisponente no puede obviar sin justificación las normas y principios del derecho positivo tan sólo porque, en la redacción de las cláusulas no se vea afectado por la influencia del adherente.

La posición del predisponente es similar a la de un *“arbitrador de parte”*⁶⁸. De igual forma que en el contrato social se establecen los criterios para el reparto de las ganancias y se prohíbe el arbitrio de la voluntad en virtud de lo dicho por el art. 1690.II.CC y el art. 1256 CC que prohíbe también dejar al arbitrio de la voluntad de una de las partes la validez y el cumplimiento de los contratos, se entiende que en nuestro ordenamiento queda prohibido que el predisponente actúe con arbitrio de voluntad, debiendo actuar con arbitrio de equidad (art. 10.bis 1 LCU) cuando incorpore las condiciones predispuestas, esto es, teniendo en cuenta los legítimos intereses del adherente, no pudiendo incorporar cláusulas abusivas.

⁶⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *“Comentarios a la ley sobre condiciones generales de contratación”*, Civitas, 2002, pp 86-92.

⁶⁷ ZOLLNER, W., *“Die Schranken kitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht beiden privatrechtlichen Personenverbänden”*, Muchen, 1963.

⁶⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *“Comentarios... contratación, sic”*.

MIQUEL⁶⁹ comenta que las condiciones generales implican un ataque a la buena fe como medio de protección de la confianza que tiene la otra parte en que la regla contractual que sustituye el derecho positivo sea una regla justa y acorde a las circunstancias del contrato.

Además, el alemán K. FREY⁷⁰ dice que el ordenamiento debe velar por que el consumidor pueda determinar sin dificultad el valor de las ofertas a las que tiene acceso. Si no fuera así, el contenido contractual deberá adecuarse a lo que pueda típicamente esperar dicho consumidor. A estas expectativas típicas es a lo que dan respuesta las normas jurídicas.

Esta idea supone para muchos autores un principio general que debe regir cualquier ordenamiento basado en la autonomía privada (por ejemplo M. WOLF⁷¹). Tanto es así que ha sido incorporada a varias sentencias del Tribunal Constitucional alemán.

Sin embargo, BALLESTEROS realiza una crítica a la tesis expuesta que no se comprende bien, dado que afirma que lo anterior supondría “conceder al predisponente una capacidad de disposición sobre el contenido del contrato (dentro del estrecho margen que se le concede en la teoría comentada) prescindiendo de la voluntad de la otra parte”.

Una “autorización” como la que se expresa en el texto resulta razonable en el marco de la teoría del contrato, tal como que exigir que la voluntad del adherente contenga cláusulas homogéneas con el derecho supletorio supone admitir “una concepción excesiva del valor de la voluntad en la formación de la regla contractual”-nota al pie-, dado que la voluntad del consumidor no se ve afectado si, por falta de regulación pactada, en vez del derecho supletorio se emplean cláusulas predispuestas conformes con aquél.

La buena fe actúa de igual forma del lado del adherente, quién debe “autorizar” al predisponente a que su actividad contractual sea estandarizada. Por otra parte, a la cuestión de “por qué las condiciones generales que cumplen los requisitos de inclusión forman parte del contrato” aunque no hayan sido consentidas se responde con el hecho de que la incorporación no implica validez; esta última la decide su contenido.

Dado que las condiciones generales suponen una regulación unilateral, el predisponente no puede incluir “lo que él quiera”, si no que tiene la obligación de “establecer según un criterio equitativo”, la regulación que se le ha encargado aplicar⁷².

Si existen elementos que conduzcan a afirmar que las partes han tenido en cuenta una regulación diferente a la recogida en las condiciones generales, incluso si estas nos son abusivas, deberá prevalecer la primera sobre aquellas porque “*son reconducibles a la voluntad de ambas partes en mayor medida que las condiciones generales*”.⁷³

BALLESTEROS mantiene una tesis muy similar a la aquí expuesta salvo por un matiz, el cual tiene valor un tanto limitado, ya que en los contratos estandarizados resulta muy difícil que encontremos que el predisponente haya tenido en cuenta esas “expectativas típicas” y

⁶⁹ IGLESIAS PRADA, J., “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez”, Civitas, 1996, pp 4941-4962.

⁷⁰ K. FREY, “Wie andert sich das AGB- Gesetz?”, Gruyter, 1993.

⁷¹ M. WOLF “Die Vorformulierung als Voraussetzung der Inhaltskontrolle”, Festschrift Brandner, 1996, p. 299.

⁷² V.C. PAZ-ARES “La inserción del Derecho de las condiciones generales en el Derecho contractual” 1998.

⁷³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Comentarios... contratación, sic”.

que no resulten asimismo típicas y en consecuencia tengan su reflejo en el derecho supletorio, los usos y la buena fe.

BALLESTEROS afirma, por tanto, que *“es la determinación del contenido del contrato (de acuerdo con las expectativas razonables del adherente), lo que da lugar a la ineficacia de las condiciones generales que se opongan a él y no a la nulidad de las condiciones lo que obliga a determinar cómo quedará el contenido del contrato”*.

Para poder determinar cuáles son esas expectativas razonables del adherente en términos generales habrá que acudir a elementos objetivos recogidos en el derecho supletorio, la buena fe y los usos; elementos tales como la posibilidad de compensar, el derecho del adherente a resolver el contrato si el predisponente no cumple lo pactado, etc.

En la gran mayoría de los casos las expectativas razonables del adherente son una forma de remitir a la regulación aplicable en caso de falta de pacto. Por último, existen casos en los que incorporar al contrato las expectativas del adherente resulte muy complicado porque no cabe asegurar que el predisponente tuviera que haberlas tenido en cuenta. Tal es el caso, por ejemplo, de la regla proporcional en el contrato de seguro regulado en el artículo 30 LCS, que, con certeza, no resulta conforme con las expectativas de la mayoría de los asegurados. Naturalmente, la cláusula predispuesta ineficaz será sustituida por el derecho supletorio “derogado”, de forma que la misma norma que declara la nulidad “rellena” la laguna contractual.

El Tribunal de Justicia de la UE en el apartado 59 de su Sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus explica lo que se entiende como desequilibrio importante:

“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, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en el Derecho nacional vigente [...]”.

Según PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *en la fórmula “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato” debe tener cabida no sólo supuestos de distribución asimétrica o desproporcionada de los aspectos jurídicos del contrato, sino en general hipótesis de desequilibrio que incidan sobre los reales intereses de las partes del contrato, ya sean jurídicos o, como en el caso de la hipótesis de las cláusulas abusivas sobre el objeto principal del contrato, económicos*⁷⁴.

La legislación protege a los consumidores contra cláusulas que subrepticamente alteran equilibrio subjetivo que consumidor adoptó sobre los aspectos que considera importantes del contrato, que normalmente son las prestaciones principales⁷⁵.

⁷⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario” *Revista InDret*, 2013, p. 24. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/995.pdf>

⁷⁵ Así lo sostiene, PAGADOR LÓPEZ, J., “Requisitos de incorporación de las condiciones generales”, en *“Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”* (dirigido por NIETO CAROL, U.).

II. Noción de cláusula abusiva

El concepto de cláusula abusiva lo encontramos en el art. 82.1 del TRLGDCU que la define como *“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”*.

Esta es una definición general que este mismo artículo complementa en su apartado 4 con una lista de cláusulas que serán en “todo caso” abusivas, es decir, la legislación proporciona una concepción general y una lista (llamémosle “negra”) de cláusulas que se considerarán abusivas. Por lo tanto, todas las cláusulas que cumplan los requisitos establecidos en el art. 82 se ajustarán a la definición general de cláusula abusiva y se considerarán como tales.

Comenta MARTÍNEZ DE AGUIRRE que la expresión *“y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente”* no es del todo afortunada a pesar de la “buena intención” del legislador. Considera este autor que quizás habría sido más conveniente disponer, una vez definidas las cláusulas abusivas, que *“las prácticas no consentidas expresamente seguirían el mismo régimen”*. Realmente este inciso fue incorporado al TRLGDCU a través de la ley 44/2006 con el objetivo de evitar que tales prácticas se incorporen al contrato amparadas por el art. 1258 del CC: al uso como medio de integración del contenido contractual.

Para la noción de cláusula abusiva es necesario tener en cuenta los criterios antes expuestos de la buena fe y justo equilibrio, puesto que son esenciales para determinar la abusividad de una cláusula. No obstante, no son suficientes y por eso habrá que acudir a las circunstancias concretas de cada caso, es decir, hay que utilizar los criterios hermenéuticos. Estos son instrumentos de ponderación que utiliza el juez para determinar si una cláusula es o no abusiva, siempre respetando las exigencias de la buena fe.

Los criterios hermenéuticos están consignados en el art. 82.3, a través de la transposición exacta del art. 4.1 de la directiva 93/13/CEE, y el juez se servirá de ellos para valorar la validez de la cláusula enjuiciada. El artículo mencionado establece que el carácter abusivo no solo se determina por la dicción literal de la cláusula, en sí misma considerada, sino que *“se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”*.

Este precepto es manifestación de lo relativo que es el concepto de cláusula abusiva y quiere decir que no procede únicamente una valoración generalizadora de los intereses contrapuestos. De todos los modos, se juzgará la cláusula por su contenido de manera que las circunstancias concurrentes no serían suficientes para la declaración de abusividad si su contenido no produjera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

A. Criterio de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato

Este criterio de valoración es fundamental para determinar si nos encontramos con la existencia de abusividad ante un desequilibrio. Por ejemplo, un consumidor que acepta una cláusula en la que rechaza la garantía de un producto porque se encuentra con defectos de fabricación. Otras veces, en el transporte aéreo, existen

exoneraciones de responsabilidad por parte del predisponente en lo referente al equipaje del usuario cuando se efectúan registros e inspecciones. Por lo tanto, este criterio permite que determinados clausurados mantengan su validez, cuando en otros contratos hubieran sido insalvables. En otras palabras, se permite “*la fiscalización in abstracto en los casos ante los que las cláusulas sean abusivas*”⁷⁶

B. Criterio de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración

Este criterio hace posible el control de las circunstancias en el momento de la prestación del consentimiento. Se evalúa la posición de fuerza del consumidor, si ha sido sometido a presiones o condicionado de alguna forma por el empresario, también relacionado por la anterior exigencia de la buena fe.

Todo esto resulta de la Directiva 93/13/CEE en su considerando 16:(...) “*en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor...*”.

Si el consumidor hubiera sido inducido a la contratación por medio de prácticas engañosas, la cláusula en la que se materialice podrá ser valorada y finalmente declarada abusiva, pero no en caso contrario. Si la contratación se realiza a petición del consumidor, para poder ser valorada como abusiva, habrá que acudir a una valoración de la necesidad y urgencia que éste tiene en firmar el contrato o en si tuviera otras opciones. De tal modo que van a tener un tratamiento diferente un objeto de lujo, que no es urgente ni determinantemente necesario, y un servicio de contratación obligada por ley, por ejemplo, el mantenimiento de piscinas comunitarias.

Este criterio también abarca las cualidades o condiciones personales del consumidor, porque se entiende que se encuentran en una posición vulnerable respecto el empresario debido a la falta de experiencia en la contratación de cierto tipo de productos o servicios, como pueden ser los financieros.

C. Criterio de las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Este último criterio se encuentra en el art. 82.3 que insta a que la valoración de abusividad se realice de forma global y no centrándose únicamente en la cláusula en cuestión. Las demás cláusulas deben tenerse en cuenta, porque el desequilibrio entre las partes puede situarse en cualquiera de las diferentes cláusulas que forman parte del contrato, e incluso en aquellas que sin formar parte inciden sobre el contrato que se está controlando.

III. Listado de cláusulas abusivas

La lista de cláusulas abusivas se recoge en la Directiva 93/13/CEE según el art. 3.3 de un modo indicativo, no abusivo y no de declaración de abusividad. Su considerando 17 añade

⁷⁶ SOUTO VILLA, “*Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores*” (TFG), Universidad de Santiago de Compostela, 2015.

el siguiente matiz: "...dado su carácter mínimo, los Estados miembros, en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o a formulaciones más restrictivas..."

La Directiva habilita cuatro formas diferentes de transponer la lista de cláusulas abusivas:

- Reproducir con fidelidad la fórmula y la lista propuesta por la Directiva
- Conservar la fórmula empleada por la Directiva, pero ampliando o reduciendo el listado de cláusulas que pudieran ser abusivas.
- Prescindir de la lista de cláusulas abusivas.
- Modificar la fórmula y conservar el formato del listado, sin sujeción a la dada por la Directiva, sino con la posibilidad opción de reducirlo o ampliarlo. Ésta es la que ha elegido el ordenamiento español y, posiblemente, sea la causa de que su transposición se haya dilatado tanto en el tiempo. En la legislación española se ha ampliado y modificado el significado del listado ya que directamente señala que las cláusulas "tendrán carácter" abusivo, en vez de que tales cláusulas "podrán" ser declaradas abusivas. Este listado aparece frecuentemente denominado como "lista negra" y, al establecer expresamente qué cláusulas están prohibidas, se contribuye a una mayor "seguridad jurídica y a una mejor función interpretativa del juez". Esto es, porque será más fácil determinar si una cláusula pertenece o no a la lista negra, que indagar si la cláusula general de equilibrio se vulnera o no. También este modelo cumple con una función preventiva ya que el empresario predisponente tendrá menos visos de imponer una cláusula en el contrato a sabiendas que sería declarada nula⁷⁷.

Vamos a comentar ahora dicho listado que se recoge en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU. Se trata como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE de una "larga, asistemática, farragosa y en ocasiones reiterativa lista de cláusulas o estipulaciones que se consideran en todo caso abusivas"⁷⁸. Hay que aclarar que la lista no es un "numerus clausus" de manera que, junto a las recogidas legalmente, serán abusivas las cláusulas que coincidan con la definición que da el art. 82.1 del TRLGDCU o aquellas que vayan en contra de la buena fe y justo equilibrio entre los contratantes. Esto es una contribución positiva ya que se permite usar la analogía para condenar aquellas cláusulas que sin estar incluidas en el listado son próximas a éstas.

El listado se encuentra agrupado en función de distintos criterios, así las cláusulas expresamente prohibidas están vertebradas en seis grandes categorías según el art. 82.4 : *"son 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."*

⁷⁷ BOSCH CAPDEVILA, E., GIMÉNEZ COSTA, A., "Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Núm. 692, noviembre - diciembre 2005.

⁷⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Curso... Obligaciones, cit.

Vamos a ver brevemente una por una:

- i. Cláusulas que determinan la vinculación del contrato a la voluntad del profesional, art. 85 TRLGDCU. Puede tratarse de la facultad de resolución unilateral anticipada; la concesión al profesional del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo establecido en el contrato; o la concesión al profesional de facultades temporales desproporcionadas.
- ii. Cláusulas que privan al consumidor de derechos básicos, art. 86 TRLGDCU. Por ejemplo, imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor, exclusión o limitación de la responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato.
- iii. Cláusulas que provocan falta de reciprocidad, art. 87 TRLGDCU. Entre otras, la retención de las cantidades que han sido abonadas por el consumidor por renuncia sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.
- iv. Cláusulas sobre garantías, art. 88 TRLGDCU. Así tenemos la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.
- v. Cláusulas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, art. 89 TRLGDCU. Puede tratarse de la imposición al consumidor de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados; imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que imperativamente correspondiera al profesional.
- vi. Cláusulas abusivas sobre competencia y Derecho aplicable, art. 90 TRLGDCU. Entre otras, la sumisión a arbitrajes distintos de los de consumo, el sometimiento del consumidor a jueces o tribunales distintos del de su domicilio, el lugar de cumplimiento de la obligación, o el lugar en que se encuentre el bien si fuera inmueble.

Finalmente, el art. 91 del TRLGDCU se refiere a que: *“Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos, a la resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros bienes y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el empresario no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje o giros postales internacionales en divisas”*.

7.4. Consecuencias negociales del carácter abusivo de una cláusula: control concreto.

I. Régimen de nulidad parcial e integración

El art. 83 del TRLGDCU establece la consecuencia jurídica de la abusividad: la nulidad de pleno derecho. Es conveniente señalar que no se trata de un supuesto de ineficacia estructural, sino de ineficacia funcional alejado de las categorías clásicas de nulidad total y nulidad relativa. No es una ineficacia especial en ningún sentido ni se trata de una

categoría intermedia entre nulidad y anulabilidad⁷⁹. Gran parte de la doctrina⁸⁰ considera que la nulidad que consigna el art. 83 es una nulidad parcial, es decir, solamente se expulsa del contrato la cláusula abusiva sin que la declaración de nulidad abarque todo el contrato. ÁLVAREZ LATA justifica esta nulidad parcial, propia del Derecho de Consumo, en que la nulidad total supondría la vulneración de los principios de conservación de los contratos y de protección del consumidor⁸¹. No es una ineficacia especial en ningún sentido ni se trata de una categoría intermedia entre nulidad y anulabilidad.

Esta calificación de la nulidad que puede resultar algo novedosa se encontraba ya recogida como dice ÁLVAREZ LATA en nuestro ordenamiento jurídico⁸². La nulidad parcial se fundamenta en el principio de conservación de los contratos en virtud del art. 1284 del CC (“*Utile per inutile non vitiatur*”). Este aforismo tiene como finalidad que la declaración de nulidad de una cláusula declarada abusiva no vicie de nulidad la totalidad del negocio jurídico.

DE CASTRO va un paso más allá y habla de la declaración de nulidad como nulidad parcial imperativa, es decir, la nulidad es impuesta por el legislador y que por ello los consumidores son eficazmente protegidos. Así, DE CASTRO estima que el control estatal pretendido por la Directiva 93/13/CEE va a ser eficazmente cumplido ya que el predisponente, ante la imposición de una cláusula ilícita, podrá concluir la relación contractual a su voluntad.

La nulidad parcial proscribía la desaparición de la práctica comúnmente denominada por la doctrina como reducción conservadora de la validez. Esta doctrina consistía en que, ante cláusulas con contenido cuantificable, el juez reemplazaba la cláusula contractual declarada nula por abusiva por otra que fuera compatible con el estándar de protección que establece la Directiva 93/13/CEE⁸³.

⁷⁹ ALFARO, J., “Clavería sobre cláusulas abusivas” *Blog Almacén de Derecho*, 2015. Disponible en: <https://almacenederecho.org/claveria-sobre-clausulas-abusivas>

⁸⁰ Como ÁLVAREZ LATA Y PÉREZ BENÍTEZ.

⁸¹ BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., “La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea (Art. 83 TRLGDCU)”, *La Ley*, 2014. Disponible en: https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAO29B2AcSZYJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8_lorZ7L0nb3bo2dvdu7_8Bde5nVTVMvPfrK4yJdtjr-L8-un1fTN9Sr_7Dwrm_wXlRk2zevPnj_lq-n-tfvIV9_9ur0J89evzn-hfmkqt4GYH9_Bff_AJR9Dk9vAAAAWKE#l6

⁸² Los arts. 641, 737, 767, 1.155 y 1.476 del CC como supuestos de nulidad parcial regulados en el CC.

⁸³ Por ejemplo era muy frecuente en los Tribunales españoles moderar el interés de demora abusivo al tipo de interés que sirvió para fijar la abusividad de una cláusula (idea que parece acoger el art. 114 de la LH y la DT 2ª de la Ley 1/2013 y que ha dado lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial en fecha 16 de agosto de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Marchena), o reducir la pena a límites considerados como aceptables (en este sentido, y respecto de la cláusula penal por incumplimiento del contrato de mantenimiento de los ascensores, la SAP Alicante (Sección 5ª), de 17 de abril de 2012), o rebajar el número de años de duración del contrato (práctica corregida, respecto de los contratos de mantenimiento de ascensores que establecían una duración de éste de 10 años, por la STS de 11 de marzo de 2014). Esta

Ya hemos dicho que la nulidad parcial persigue el objetivo de proteger al consumidor para reestablecer el equilibrio de derechos y obligaciones que origina una fase precontractual típica de la contratación adhesiva o en masa declarada nula por abusiva. Por ello, la cláusula abusiva nula es expulsada del contrato sin que se permita llenar la laguna legal mediante una interpretación integradora del contrato. Esto último sí que estaba permitido en el antiguo art. 83 pero el TJUE en su Sentencia del 14 de junio de 2012 (Caso Banesto contra Joaquín Calderón Camino) declaró que el contrato ha de “*pervivir sin la cláusula contractual declarada nula por abusiva, sin modificar, integrar o agregar contenido alguno, de tal forma que si el contrato no puede pervivir con la cláusula declarada nula, el contrato entero queda tocado de nulidad*”. Posteriormente el TJUE volvió a pronunciarse de la misma forma respecto la normativa holandesa en la Sentencia de 30 de mayo de 2013 (Caso Dirk Frederik).

La Sentencia del Tribunal Supremo, del 11 de marzo de 2014, da las claves de cómo debe interpretarse el art. 83 del TRLGDCU y en el siguiente extracto se configura la labor que ha de efectuar el juez y que no debe ser otra:

“En este contexto, debe diferenciarse la labor interpretativa consistente en una mera y directa moderación por el juez de la cláusula declarada abusiva, extremo que prohíbe la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de junio de 2012, en interpretación de la directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, del juicio de eficacia contractual resultante que necesariamente se deriva tras la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión. A este sentido, responde la legislación especial en la materia de condiciones generales, en donde los artículos 9.2 y 10 LCGC, permiten al Juez «aclarar la eficacia del contrato» declarando la nulidad del mismo solo cuando la cláusula afecte a un elemento esencial (artículo 1261 CC), o determine una situación no equitativa en la posición de las partes que no puede ser subsanada. Alcance, por lo demás, concordante con la relevancia que esta Sala, de acuerdo con la orientación de los textos de armonización del Derecho de Contratos Europeo, reconoce respecto del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus) no sólo como canon o criterio hermenéutico, sino como principio general del derecho (SSTS 17 de enero de 2013, núm. 820/2013 y 15 de enero de 2013, núm. 827/2013). Esta función comporta un juicio de la eficacia de la relación contractual objeto de examen que excede de la mera interpretación integrativa del contrato como complemento o extensión de lo acordado por las partes y, en su caso, de lo declarado abusivo, ya que encierra una auténtica valoración causal del entramado contractual resultante a los efectos de declarar el ámbito de eficacia contractual que resulte aplicable conforme, entre otros extremos, a la naturaleza y tipicidad del contrato celebrado, al engarce o conexión contractual afectada por la cláusula abusiva en cuestión y al cumplimiento obligacional observado, todo ello,

práctica es la que el legislador quiere eliminar, reformando el art. 83 del TRLGDCU, adaptándolo de esta forma la doctrina del TJUE.

conforme al principio de buena fe contractual y a la sanción del enriquecimiento injustificado por alguna de las partes”.

II. Notas de la acción de nulidad

- A. La acción individual de nulidad, fundamentada en los artículos 8 y 9 de la LCGC, es imprescriptible tal y como afirma ÁLVAREZ LATA⁸⁴. Es imprescriptible porque realmente la nulidad parcial es una nulidad de pleno derecho cuyos efectos el legislador limita a un ámbito concreto: la expulsión del contrato de la cláusula abusiva. La nulidad parcial comparte notas con la nulidad absoluta como es el carácter imprescriptible de la acción y, por eso, la LCGC guarda silencio acerca de si la acción individual está o no sometida a plazo de prescripción (a diferencia de las acciones colectivas).

De este modo, la nulidad parcial no va a estar sometida al plazo de caducidad de 4 años del art. 1301 del CC que corresponde solamente al ejercicio de la acción de anulabilidad. Como ya hemos dicho la nulidad parcial del art. 83 del TRLGDCU es una categoría totalmente distinta a la anulabilidad. No obstante, hay sentencias, como la del Juzgado de lo mercantil N°2 de Málaga de 31 de marzo de 2014 que no realizan esta distinción. Otra postura considera que la acción de nulidad parcial está sujeta al plazo general de prescripción de 15 años del art. 1964 del CC. Uno de los defensores de esta teoría PÉREZ BENÍTEZ⁸⁵ fundamenta que la nulidad parcial es diferente de las categorías de nulidad total o nulidad relativa y como el art. 19 de la LCGC no recoge plazo de prescripción específico tenemos que acudir al plazo general. Esto se puede ver en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°3 de Pontevedra de 22 de mayo de 2016.

- B. ¿Quién puede ejercer la acción individual de nulidad parcial? Solamente está legitimado para el ejercicio de la acción individual de nulidad el consumidor, artículos 8 y 9 de la LCGC. Esta legitimación está condicionada a que la cláusula impugnada opere en “perjuicio del consumidor”. La nulidad parcial se establece como un efecto imperativamente impuesto por el legislador a la declaración de abusividad que se expulsa del contrato por causar perjuicios al consumidor y así lograr un justo equilibrio de los derechos y obligaciones. Por lo tanto, el interés legítimo que consigna el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para atribuir legitimación activa solo podrá predicarse del consumidor y no del empresario predisponente. En ese sentido PÉREZ BENÍTEZ⁸⁶ dice: “*la acción de nulidad sólo*

⁸⁴ ÁLVAREZ LATA, N. “La invalidez contractual en el derecho de consumo. Nuevas perspectivas desde el TRLGDCU (LA LEY 11922/2007)”. *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 45. Año 2009.

⁸⁵ Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con magistrados de lo mercantil del CGPJ. PÉREZ BENÍTEZ, J.J. “El incumplimiento de la normativa Mifid como causa de nulidad de los contratos bancarios. La invocación como causa de nulidad de las condiciones generales de la contratación”. Madrid. 20 a 22 de junio de 2012.

⁸⁶ Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con magistrados de lo mercantil del CGPJ. PÉREZ BENÍTEZ, J.J. “El incumplimiento de la normativa Mifid como causa de nulidad de los contratos bancarios. La invocación como causa de nulidad de las condiciones generales de la contratación”. Madrid. 20 a 22 de junio de 2012.

puede ser ejercitada por el adherente, no por el empresario predisponente, carente de interés en la declaración de nulidad de una cláusula abusiva”.

- C. Retroactividad La declaración de nulidad parcial debe conllevar la restitución recíproca de los bienes que hubiesen sido materia del contrato según lo establecido por el artículo 1303 del CC. Este artículo establece que *“los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato...”* De modo que está previsto que las partes regresen a la situación personal y patrimonial anterior a la celebración del contrato. No obstante, aunque esta sea la regla general, el TS limita la responsabilidad de la declaración de nulidad manteniendo que los efectos de ésta no pueden ser retroactivos⁸⁷.
- D. La nulidad parcial es controlable de oficio y los jueces tendrán la obligación, no la facultad, de controlar de oficio las cláusulas abusivas⁸⁸. Los jueces han de actuar en cuanto tengan los elementos de hecho o de derecho que les posibilite realizar el control. El autor FERNÁNDEZ SEIJO⁸⁹ comenta que *“se trata de una obligación que se traslada al juez aunque el derecho interno no disponga de cauces procesales específicos para realizar esta tarea, dado que si ha de exigirse una norma específica habilitante en el derecho interno dicha interpretación iría en contra de los principios de equivalencia y de eficacia referidos por el Tribunal en multitud de sentencias”*. Dice PÉREZ BENÍTEZ que la nulidad parcial es impuesta por el legislador (*Ope Legis*) con el fin de lograr los objetivos de la Directiva 93/13/CEE y así incentivar que los jueces participen activamente eliminando las cláusulas abusivas de los contratos. El art. 83 del TRLGDCU utiliza en su redacción el imperativo “declarará” por lo que no hay dudas a este respecto.

Por otro lado, MIQUEL GONZÁLEZ dice que es sensato, prudente y evidente negar que la nulidad de pleno derecho siempre sea apreciable, porque la apreciación de oficio exige que los hechos *“que integren el supuesto de hecho normativo de la nulidad estén acreditados”*. Hay un amplio debate acerca de si son los jueces los únicos que pueden calificar una cláusula abusiva como nula o si también pueden apreciar la nulidad los funcionarios (notarios y registradores. Ya DE CASTRO hablaba de que *“La nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los*

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013).

⁸⁸ STJUE de 27 de junio de 2000 (caso Océano), la STJUE de 26 de octubre de 2006 (caso Mostaza Claro), la STJUE de 4 de junio de 2009 (caso Pannon), la STJUE de 6 de octubre de 2009 (caso Asturcom), la STJUE de 9 de noviembre de 2010 (caso VB Pénzügyi Lízing), la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto contra Joaquín Calderón Camino), la STJUE de 21 de febrero de 2013 (caso Banif Plus Bank), la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Mohamed Aziz), la STJUE de 21 de marzo de 2013 (caso RWE Vertrieb AG) y la STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso Dirk Frederik)

⁸⁹ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. “Cuestiones procesales en torno a la tutela al consumidor en los procedimientos de ejecución”. GGPI. *Seminario sobre cláusulas abusivas y control de oficio*. Madrid. 19 a 21 de febrero de 2014.

funcionarios públicos negarles su cooperación”⁹⁰ y que “*la ineficacia del negocio nulo se produce “ipso iure”, por sí misma y sin necesidad de la intervención judicial*”⁹¹. Comenta RODRÍGUEZ ORTEGA que desgraciadamente, muchos, incluso al máximo nivel institucional no siguen estas palabras de DE CASTRO y, por tanto, no permiten que los funcionarios puedan declarar la nulidad de las cláusulas abusivas. A juicio de RODRÍGUEZ ORTEGA esto es un error ya que “que la nulidad de pleno derecho no necesita declaración judicial y en que los funcionarios también aplican la Ley y el Derecho”, art. 103.1 de la Constitución Española⁹².

- E. A pesar de que se puede entender que el control de contenido de las condiciones generales o cláusulas predispuestas es un control judicial, en realidad se trata de un control de legalidad que involucra a todo aquel que deba aplicar la ley. De este modo los jueces no tienen un poder configurador del contrato y no hace falta ninguna sentencia para que se produzca la nulidad porque es de pleno derecho⁹³. La Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009 (caso Pannon) impide la interpretación “a sensu contrario” del art. 84 TRLGDCU y afirma que el control de legalidad de las cláusulas predispuestas es solamente competencia de los jueces.

Ahora bien, MIQUEL⁹⁴ comenta que “*el control abstracto del contenido de las condiciones generales, por medio de las acciones colectivas, sí es, en cierto sentido, un control judicial, si lo designamos así justamente por oposición a un hipotético control administrativo, es decir, en el sentido de que no existe un control administrativo que someta las condiciones generales a un control abstracto de validez por un órgano de este tipo*”. Sin embargo, a pesar de esto, este control judicial efectuado en abstracto continúa siendo un control legal de validez ya que los tribunales exclusivamente aplican la ley para efectuar ese control. No será en ningún caso comprensible que se entienda como un control judicial de equidad, en lo que respecta a que, en la Ley de Condiciones Generales, los jueces no disponen de una normativa específica que les autorice controlar las condiciones generales de los contratos entre empresarios. En el TRLGDCU insistimos que se trata de un control de legalidad por lo que no cabe un control sobre los precios no sometidos a disposiciones jurídicas. Esto es relevante en cuanto que existe la posibilidad de que los funcionarios dentro de sus competencias puedan apreciar una nulidad de pleno derecho.

⁹⁰ DE CASTRO, “*Derecho Civil de España*”, 1949, I, p. 539.

⁹¹ DE CASTRO, “*El negocio jurídico*”, Civitas, 1971, p. 475.

⁹² RODRÍGUEZ ORTEGA, “*Cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*” (TFG), Universidad de Gerona.

⁹³ MIQUEL, J., “*Lecciones: libertad contractual y condiciones generales de los contratos*”, *Blog Almacén de Derecho*, 2017. Disponible en : <https://almacenederecho.org/lecciones-libertad-contractual-condiciones-generales-los-contratos>.

⁹⁴ *Ibidem*.

8. REQUISITO DE TRANSPARENCIA MATERIAL

El TJUE y la Sala Primera del TS han localizado este requisito al final del art. 4.2 de la Directiva 93/13: “siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Sobre este precepto la doctrina está dividida: entre otras posturas hay autores como PANTALEÓN que consideran el requisito de transparencia material como un auténtico control de contenido sobre el objeto principal del contrato. Mientras que otro sector como MARTÍNEZ ESPÍN considera que es un control separado e independiente del control de incorporación y del control de contenido.

I. Postura de PANTALEÓN

Dice este autor que lo que se establece en la Directiva realmente no es un control, en sentido propio⁹⁵, de transparencia material, ya que este requisito no es independiente del control del contenido; sino que realmente se introduce la posibilidad de que el control de contenido pase a regular aquellas cláusulas no negociadas individualmente que definan el objeto principal del contrato.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de este requisito? Según PANTALEÓN⁹⁶ tenemos que saber:

- En primer lugar, no es un “*tertium genus* de control”, en el mismo modo que lo son el control de incorporación y el control de contenido. Si la cláusula no cumple los requisitos del art. 3.1 de la Directiva su falta de transparencia será irrelevante. Sin perjuicio de lo que establezca el art. 5 sobre la interpretación más favorable al consumidor.
- En segundo lugar, tampoco es un control del consentimiento contractual. En el Derecho común europeo sí que existen numerosas disposiciones sobre el alcance de la información precontractual⁹⁷ que los empresarios están obligados a proporcionar a los consumidores en ciertos sectores, no obstante, no existe un Derecho común europeo sobre los vicios en los contratos entre empresarios y consumidores con cláusulas no negociadas individualmente.
- Se configura como un auténtico control de contenido que se aplica a las condiciones generales o cláusulas no negociadas individualmente referidas al objeto principal del contrato y que se excluyen, conforme el art. 4.2 de la Directiva, por no poder existir en una economía de mercado control judicial general de la justicia de los precios.

Se trata de un control de abusividad caracterizado por aplicarse, concreta y esencialmente a las cláusulas que disponen fórmulas claramente desequilibradas, en beneficio del empresario, de determinación de su prestación o de la contraprestación del consumidor. Este control

⁹⁵ PANTALEÓN, F., “Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13”, *Blog Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-el-articulo-4-2-de-la-directiva-9313>

⁹⁶ PANTALEÓN, F “Sobre la transparencia material de lege lata”, *Blog Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-la-transparencia-material-de-clausulas-predispuestas-de-lege-lata-y-de-lege-ferenda>

⁹⁷ Véase el apartado 3 relativo a la “Fase previa de contratación”.

también se aplica a aquellas que determinan en favor del empresario facultades exorbitantes de modificar de manera unilateral la contraprestación que va a realizar el consumidor o la prestación que va a realizar él mismo. Será de aplicación, por último, a aquellas cláusulas que sean calificadas como sorprendentes, es decir, las que son limitativas o que imponen excepciones inusitadas al tipo de contrato de que se trata, el contenido natural o usual de la repetida prestación o contraprestación⁹⁸.

Este control de abusividad está condicionado a que las cláusulas que definen el objeto principal no cumplan las exigencias de la transparencia material. Estas exigencias se determinan conforme al modelo del “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” empleado por el TJUE y, en obligada línea con él, por el Tribunal Supremo: este tipo de consumidor está capacitado para valorar correctamente, en el momento de la celebración del contrato, las consecuencias económicas y jurídicas que puede derivarse para él la cláusula impuesta⁹⁹.

II. Postura de MARTÍNEZ ESPÍN

Este autor comenta que como los dos objetivos del control de incorporación son: Cognoscibilidad o accesibilidad y comprensibilidad o transparencia; en torno a la comprensibilidad o transparencia se configura el control de transparencia que es un control en sí mismo y que realmente no se encuentra incardinado dentro del control de incorporación. Este control ha ganado considerable relevancia en estos últimos años debido a la difusión de los problemas derivados con las cláusulas suelo (STS de 9 de mayo de 2013), entre otras¹⁰⁰.

La STS N.º 314/2018, del 28 de mayo de 2018 trata, entre varios asuntos, la diferencia entre el control de incorporación y el control de transparencia. Estas diferencias se manifiestan en¹⁰¹:

“El control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. En cambio, el control de transparencia está reservado a los contratos celebrados con consumidores. El control de transparencia supone un plus sobre el control de incorporación y no se agota en el mismo. Es decir, para superar el control de incorporación es necesario que la cláusula tenga una redacción clara, concreta y sencilla que permita una comprensión gramática normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer en el momento de la celebración del contrato; mientras que para el control de transparencia, no solo es necesario que las

⁹⁸PANTALEÓN, F “Sobre... lata, sic”.

⁹⁹PANTALEÓN, F., “8 preguntas y respuestas sobre la transparencia material de las cláusulas predispuestas”, *Blog Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://almacendederecho.org/8-preguntas-y-respuestas-sobre-la-transparencia-material-de-las-clausulas-predispuestas>

¹⁰⁰ CAÑIZARES LASO, “Control De Incorporación Y Transparencia De Las Condiciones Generales De La Contratación. Las Cláusulas Suelo”. *Revista de Derecho Civil*, vol.II, núm.3 (julio-septiembre, 2015).

¹⁰¹ARIAS, S., “Diferencia entre control de incorporación y control de transparencia de las condiciones generales de la contratación (cláusula suelo)”, *Blog Iberley*, 2018. Disponible en: <https://www.iberley.es/revista/diferencia-entre-control-incorporacion-control-transparencia-condiciones-generales-contratacion-clausula-suelo-211>

cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever sus consecuencias económicas”¹⁰².

¹⁰² *Ibidem.*

9. CONCLUSIONES

Podemos concluir en primer lugar que en este trabajo se ha puesto de manifiesto los problemas de aplicación y duplicidades que supusieron la defectuosa transposición de la Directiva 93/13/CEE por medio de la LCGC, en vez de haberse modificado la LGDCU. La transposición fue incompleta lo que ha acarreado numerosos incumplimientos del Derecho Comunitario, declarados por el Alto Tribunal Europeo, y, por consiguiente, la modificación del TRLGDCU a través de la Ley 3/2014. Los conflictos y discusiones que ha habido en España tienen de particular con respecto a otros estados miembros, que si de haber existido una transposición conforme a la Directiva, éstos se hubieren evitado.

El TRLGDCU solo ampara a los consumidores y no a los empresarios, por eso creemos que se debería de ampliar la protección a los empresarios, en concreto al que durante el desempeño de su trabajo debe proveerse de empresas de mayor tamaño puesto que frente a las grandes multinacionales se está en una posición de contratar y negociar muy semejante a la que poseen los consumidores y usuarios.

Siguiendo a la tesis mayoritaria en España no se controla la abusividad de las cláusulas que definen los elementos esenciales del contrato por no haber transposición del art. 4.2 de la Directiva a nuestra legislación. No obstante, sí que se exige la transparencia de esos elementos esenciales que como dice PANTALEÓN equivale a un auténtico control de abusividad.

El control de incorporación no es suficiente para resolver el problema de la asimetría contractual porque no entra a valorar el conocido, sino que busca una mera cognoscibilidad o simple posibilidad del conocimiento de existencia de cláusulas. Por ello el examen de abusividad es lo más adecuado y se ejercerá sobre las condiciones generales que no son transparentes y que modifican o contradicen subrepticamente el equilibrio subjetivo del contrato.

El sistema de control de contenido se estructura por un mecanismo dual: por un lado, nos encontramos ante una cláusula general que configura requisitos generales abstractos que los órganos judiciales tienen que aplicar en los casos concretos para vislumbrar si las cláusulas revisten de abusividad, art. 82.1. Por otro lado, en los artículos 85 a 90 tenemos supuestos específicos de condiciones generales que el legislador considera que automáticamente tienen que ser declaradas abusivas. La cláusula general determina que hay dos elementos que hay que valorar para que una cláusula sea abusiva: la buena fe y el equilibrio entre derechos y obligaciones. El listado de los artículos 85 a 90 ha recibido multitud de críticas por la reiteración, solapamiento, ambigüedad de los preceptos y por la falta de simetría entre los criterios de ordenación y correlación de las cláusulas incluidas en un mismo grupo.

BIBLIOGRAFÍA

I. BIBLIOGRAFÍA DE AUTORES

1. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Comentarios a la ley sobre condiciones generales de contratación", Civitas, 2002, pp 86-92.
2. ÁLVAREZ LATA, N. "La invalidez contractual en el derecho de consumo. Nuevas perspectivas desde el TRLGDCU (LA LEY 11922/2007)". *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 45. Año 2009.
3. BLANCO GARCÍA-LOMAS, "La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea", *La Ley*, 2014.
4. BALLUGERA GÓMEZ, "¿Es posible la negociación en el contrato por adhesión?" *Revista de Derecho VLEX* Nº165 enero 2018. Pp. 1 y ss.
5. BERGER, K. P., NJW, pp. 465-470; LEUSCHNER, L., JZ, 875-884; Becker, F., JZ, pp. 1098-1106.
6. BOSCH, E., SÁNCHEZ, M. (cds.), VAQUER, A., "Derecho europeo de los contratos". Libros ii y iv del Marco Común de Referencia. 2 vols., Barcelona, Atelier, 2012, p.131.
7. BOSCH CAPDEVILA, E., GIMÉNEZ COSTA, A., "Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Núm. 692, noviembre - diciembre 2005.
8. CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores", Colex, 2011, pp 696-710.
9. CAÑIZARES LASO, "Control De Incorporación Y Transparencia De Las Condiciones Generales De La Contratación. Las Cláusulas Suelo". *Revista de Derecho Civil*, vol.II, núm.3 (julio-septiembre, 2015).
10. CARBALLO FIDALGO, M. "La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente: disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas", Bosch, 2014, p.72.
11. DE CASTRO, F., "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", *ADC*, 1961, p. 331 y ss.
12. DE CASTRO, "Derecho Civil de España", 1949, I, p. 539.
13. DE CASTRO, "El negocio jurídico", Civitas, 1971, p. 475.
14. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. "Cuestiones procesales en torno a la tutela al consumidor en los procedimientos de ejecución". GGPJ. *Seminario sobre cláusulas abusivas y control de oficio*. Madrid. 19 a 21 de febrero de 2014.
15. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "Resoluciones destacadas de consumo y empresa" *Revista Consumo Y Empresa* N.º. 8, noviembre 2018.
16. HUALDE, T. "Del Consumidor Informado Al Consumidor Real. El Futuro Del Derecho De Consumo Europeo", Dykinson, 2016.
17. IGLESIAS PRADA, J., "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez", Civitas, 1996, pp 4941-4962.
18. K. FREY, "Wie andert sich das AGB- Gesetz?", Gruyter, 1993.
19. LLODRÁ GRIMALT, F., "El contrato celebrado bajo condiciones generales. Un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido", Tirant lo Blanch, 2002.
20. M. WOLF "Die Vorformulierung als Voraussetzung der Inhaltskontrolle", *Festschrift Brandner*, 1996, p. 299.
21. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones", vol.1, Edisofer, 2018, pp 405-427.
22. MARTÍNEZ ESPÍN, "El Control De Las Condiciones Generales De La Contratación: Su Aplicación Al Contrato De Alquiler De Vehículos", *Revista CESCO de Derecho de Consumo* Nº6, 2013.
23. MATO PACÍN, N., "Cláusulas abusivas y empresario adherente", BOE, 2017.
24. MORALES QUINTANILLA, "Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas", (Tesis Doctoral), Universidad de Salamanca, 2014.
25. NIETO-MORALES, P. y ABASCAL MONEDERO, C. "Reclamaciones en materia de consumo", Dykinson, 2016.
26. PAGADOR LÓPEZ, J., "Requisitos de incorporación de las condiciones generales", en "Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas" (dirigido por NIETO CAROL, U.).
27. PÉREZ ESCOLAR, M. "Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil". *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. II.
28. PÉREZ ESCOLAR, M., "Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil". *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. II.
29. RODRÍGUEZ ORTEGA, "Cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios" (TFG), Universidad de Gerona.

30. SOUTO VILLA, "Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores" (TFG), Universidad de Santiago de Compostela, 2015.
31. V.C. PAZ-ARES "La inserción del Derecho de las condiciones generales en el Derecho contractual" 1998.
32. ZOLNER, W., "Die Schranken kitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht beiden privatrechtlichen Personenverbänden", Muchen, 1963.

II. BIBLIOGRAFÍA DIGITAL

1. ALFARO, J., "Clavería sobre cláusulas abusivas" *Blog Almacén de Derecho*, 2015. Disponible en: <https://almacenederecho.org/claveria-sobre-clausulas-abusivas>
2. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Cláusulas negociadas individualmente vs condiciones generales o predispuestas", *Blog de Derecho Mercantil*, 2012. Disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2012/11/clausulas-negociadas-individualmente-vs.html>
3. ALFARO, J., "Clavería sobre cláusulas abusivas" *Blog Almacén de Derecho*, 2015. Disponible en: <https://almacenederecho.org/claveria-sobre-clausulas-abusivas>
4. ARIAS, S., "Diferencia entre control de incorporación y control de transparencia de las condiciones generales de la contratación (cláusula suelo)", *Blog Iberley*, 2018. Disponible en: <https://www.iberley.es/revista/diferencia-entre-control-incorporacion-control-transparencia-condiciones-generales-contratacion-clausula-suelo-211>
5. BALLUGERA GÓMEZ, "Urge reforzar el Registro de Condiciones Generales de la Contratación", *Blog de Notarios y Registradores*, 2017. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/urge-reforzar-el-registro-de-condiciones-generales-contratacion/>
6. BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., "La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea (Art. 83 TRLGDCU)", *La Ley*, 2014. Disponible en: https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasggcplVmVdZhZAZO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrcyZ4hgKrlHz9-fB8_lorZ7L0nb3bo2dvdu7_8Bde5nVTVMvPfrK4yJdtjr-L8-un1fTN9Sr_7Dwrm_wXlRk2zevPnj_lq-n-tfvV9_9ur0J89evzn-hfmkqt4GYH9_Bff_AJR9DK9vAAAAWKE#16
7. "El Supremo fija doctrina sobre las cláusulas suelo de los préstamos bancarios a consumidores y el control judicial de su posible carácter abusivo", nota de prensa del C.G.P.J., 2013. Disponible en: [http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder Judicial/Noticias Judiciales/ci.El Supremo fija doctrina sobre las clausulas suelo de los prestamos bancarios a consumidores y el control judicial de su posible caracter abusivo.formato3](http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder Judicial/Noticias Judiciales/ci.El_Supremo_fija_doctrina_sobre_las_clausulas_suelo_de_los_prestamos_bancarios_a_consumidores_y_el_control_judicial_de_su_posible_caracter_abusivo.formato3)
8. "La integración de la publicidad del producto o servicio en la eficacia de los contratos entre partes", *Blog LEFEBVRE*, 2017. Disponible en <https://elderecho.com/la-integracion-de-la-publicidad-del-producto-o-servicio-en-la-eficacia-de-los-contratos-entre-partes>
9. MIQUEL, J., "Lecciones: libertad contractual y condiciones generales de los contratos", *Blog Almacén de Derecho*, 2017. Disponible en : <https://almacenederecho.org/lecciones-libertad-contractual-condiciones-generales-los-contratos>.
10. PANTALEÓN, F "Sobre la transparencia material de lege lata", *Blog Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-la-transparencia-material-de-clausulas-predispuestas-de-lege-lata-y-de-lege-ferenda>
11. PANTALEÓN, F., "Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13", *Blog Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-el-articulo-4-2-de-la-directiva-9313>
12. PANTALEÓN, F., "8 preguntas y respuestas sobre la transparencia material de las cláusulas predispuestas", *Blog Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/8-preguntas-y-respuestas-sobre-la-transparencia-material-de-las-clausulas-predispuestas>
13. PANTALEÓN, F., "Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13", *Blog Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-el-articulo-4-2-de-la-directiva-9313>
14. PANTALEÓN, F "Sobre la transparencia material de lege lata", *Blog Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-la-transparencia-material-de-clausulas-predispuestas-de-lege-lata-y-de-lege-ferenda>
15. PANTALEÓN, F., "8 preguntas y respuestas sobre la transparencia material de las cláusulas predispuestas", *Blog Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/8-preguntas-y-respuestas-sobre-la-transparencia-material-de-las-clausulas-predispuestas>

16. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario" *Revista InDret*, 2013, p. 24. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/995.pdf>
17. ROMÁN LLAMOSÍ, S., "Cláusula abusiva. Antecedentes legislativos. Tratamiento procesal actual" *Revista De Derecho VLEX* Nº 136, septiembre 2015. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/clausula-abusiva-antecedentes-legislativos-583056579>

III. OTRAS FUENTES

1. "Conclusiones Del Abogado General Sr. Gerard Hogan" presentadas el 15 de mayo de 2019 (Asunto C-621/17).
2. Sentencia del Tribunal Supremo 44/2019, de 23 de enero de 2019.
3. "Conclusiones Del Abogado General Sr. Nils Wahl" presentadas el 12 de febrero de 2014. (Asunto C-26/13)
4. Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con magistrados de lo mercantil del CGPJ. PÉREZ BENÍTEZ, J.J. "El incumplimiento de la normativa Mifid como causa de nulidad de los contratos bancarios. La invocación como causa de nulidad de las condiciones generales de la contratación". Madrid. 20 a 22 de junio de 2012.
5. Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con magistrados de lo mercantil del CGPJ. PÉREZ BENÍTEZ, J.J. "El incumplimiento de la normativa Mifid como causa de nulidad de los contratos bancarios. La invocación como causa de nulidad de las condiciones generales de la contratación". Madrid. 20 a 22 de junio de 2012.
6. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013).
7. STJUE de 27 de junio de 2000 (caso Océano), la STJUE de 26 de octubre de 2006 (caso Mostaza Claro), la STJUE de 4 de junio de 2009 (caso Pannon), la STJUE de 6 de octubre de 2009 (caso Asturcom), la STJUE de 9 de noviembre de 2010 (caso VB Pénzügyi Lízing), la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto contra Joaquín Calderón Camino), la STJUE de 21 de febrero de 2013 (caso Banif Plus Bank), la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Mohamed Aziz), la STJUE de 21 de marzo de 2013 (caso RWE Vertrieb AG) y la STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso Dirk Frederik)
8. STJUE (Sala Primera), 15.3.2012 (asunto C-453/10, Jana Pereničová, Vladislav Perenič/SOS financ.).
9. Acerca de la situación previa a la codificación, ver RAISER, L., 1935, pp. 277 y ss. Respecto de la inclusión en el BGB, ver PFEIFFER, T., 2009, pp. 4-5; ZIMMERMANN, R., 2006, pp. 71-87; CRISTOFARO, G., *Riv.dir.civ.*, 2004, pp. 667-693. En español, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *ADC*, pp. 1147-1149.
10. Acerca de la «*Indiztheorie*», entre otros, RABE, D., *NJW*, pp. 1980 y ss.; BERGER, K. P.; KLEINE, L., *EWiR*, pp. 169-170; MERKEL, H., 2009, pp. 142 y ss.