

Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores

Marta Carballo Fidalgo

Universidade de Santiago de Compostela
Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC)

*Abstract**

La Propuesta de directiva relativa a los derechos de los consumidores (8 de octubre de 2008) refunde y sistematiza en un “instrumento horizontal” cuatro directivas en materia de consumo, constatando el paso a un sistema de armonización plena, que impide a los Estados miembros mantener o adoptar normas divergentes, más o menos favorables a los consumidores. En el presente trabajo se analizan las líneas básicas del capítulo quinto de la propuesta (Derechos de los consumidores relativos a las cláusulas contractuales), con un triple referente comparativo: la Directiva de 5 de abril de 1993, la regulación dada por el DCFR a las cláusulas no negociadas y el derecho español interno. Si los dos primeros permiten evaluar el grado de “mejora” del acervo comunitario representado por la Propuesta y la influencia ejercida sobre su revisión por las reglas contenidas en el DCFR, el tercero revela los costes para el consumidor de una armonización en grado máximo que, en su ánimo de fortalecer el mercado interior, impondrá la necesaria “revisión a la baja” de las legislaciones nacionales más protectoras.

The Proposal for a Directive on consumer rights, of 8th of October 2008, merges and systematizes four directives on consumer matters in an ‘horizontal instrument’, embracing a full harmonization approach which prevents Member States from maintaining or introducing more or less stringent provisions to ensure a different level of consumer protection. This study focuses on the core issues of the Fifth Chapter of the aforementioned Proposal, on Consumers’ Rights regarding contractual terms, with a triple comparative referent: the Directive of 5th of April 1993, the Draft Common Frame of Reference and its regulation on terms not individually negotiated, and autonomous Spanish law. The first two instruments allow to assess the level of ‘improvement’ in developing the Consumer acquis achieved by the Proposal as well as the role of the DCFR as a source of influence in such an improvement. The third instrument highlights the costs for the consumer in which a maximal harmonization incurs; in its aim to strengthen the internal market, such an harmonization will mean a unavoidable worsening of the most protectionist national legislations.

Title: Terms not individually negotiated on the light of the Proposal of a Directive on consumer rights

Keywords: Contracts between consumers and traders, Terms not individually negotiated, Duty of transparency, Unfair terms, Proposal for a Directive on consumer rights, Full harmonisation.

Palabras clave: Contratos entre consumidores y profesionales, Cláusulas no negociadas, Deber de transparencia, Cláusulas abusivas, Propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores, Armonización plena.

* El presente trabajo forma parte de las actividades de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC) (SEJ2006-27567-E/JURI), coordinada por el Profesor Dr. D. Miquel MARTÍN-CASALS.

Sumario

1. Introducción
2. **Ámbito de aplicación de la Propuesta de directiva**
 - 2.1. **Ámbito subjetivo de aplicación. El consumidor protegido**
 - 2.2. **Ámbito objetivo de aplicación: las cláusulas sujetas a control**
3. **El sistema de protección contra las cláusulas predispuestas: control del consentimiento y control del equilibrio contractual**
 - 3.1. **La obligación de transparencia**
 - 3.2. **El control de contenido. La determinación de las cláusulas abusivas**
 - a). **La definición general de cláusula abusiva**
 - b). **Las cláusulas prohibidas en virtud de una lista. Los Anexos II y III de la propuesta**
4. **Las consecuencias jurídicas del carácter abusivo de una cláusula**
5. **Bibliografía**

1. Introducción

Si, en su oscurantismo, el Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia (Comisión, 25 de julio de 2007, COM (2007), 447 final) disparó las incógnitas sobre el papel que ha de desempeñar el MCR en la construcción de un derecho europeo de contratos, el proceso *paralelo* de revisión del acervo comunitario en materia de consumo, priorizado por el citado documento, recibe un nuevo impulso con la presentación por la Comisión, el 8 de octubre de 2008, de una Propuesta de directiva relativa a los derechos de los consumidores (COM (2008) 614 final)¹.

La propuesta nace con el propósito de superar las deficiencias delatadas por la técnica legislativa de aproximación sectorial y armonización mínima (esencialmente, incoherencia y fragmentación)². A tal fin, refunde cuatro directivas³ en un instrumento horizontal de armonización en grado máximo, que regula los aspectos comunes de forma sistemática *“simplificando y actualizando las normas existentes, eliminando las incoherencias y colmando las lagunas”* (Exposición de Motivos, p. 3) e impide a los Estados miembros mantener o introducir en su derecho nacional disposiciones divergentes a las establecidas, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un nivel de protección de los consumidores diferente (artículo 4).

La renuncia expresa de la Comisión a convertir el MCR en un instrumento *“destinado a asegurar una armonización a gran escala del derecho privado o a transformarse en un Código civil europeo”*⁴ viene así acompañada del lanzamiento de una propuesta de *mini código de derecho de consumo*⁵ que, tras fijar su objeto, definiciones comunes y campo de aplicación, regula sucesivamente el derecho a la información, la facultad de desistimiento, otros derechos específicos del contrato de compraventa y los derechos de los consumidores frente a las cláusulas contractuales predispuestas, completando el sistema con una serie de disposiciones generales donde se prevé la creación de un Comité asesor de la Comisión en materia de cláusulas abusivas y se conmina a los Estados miembros a adoptar medidas adecuadas y eficaces para asegurar el cumplimiento de la directiva, comprensivas del establecimiento de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

En el presente trabajo se analizan las líneas maestras del capítulo V de la propuesta (*Derechos de los consumidores relativos a las cláusulas contractuales*), a través del estudio sucesivo de su ámbito de

¹ Sobre la “ineluctable” disociación de los procesos “MCR” y “revisión del acervo”, véase BLANC (2008, pp. 564 a 569); ROCHFELD (2009a, pp. 11 a 17). Un interesante análisis del proceso de elaboración del Common Frame of Reference puede verse en INFANTE RUIZ (2008).

² Sobre tales deficiencias, véase el Libro verde de la Comisión sobre la revisión del acervo comunitario en materia de protección de los consumidores, 8 de febrero de 2007 (COM (2006) 744 final).

³ Rebajando las expectativas del Libro verde, que extiende el proceso de revisión del acervo a las ocho directivas recogidas en su Anexo II.

⁴ Segundo Informe citado, p. 12.

⁵ En expresión de Gilles PAISANT (2009a, p. 14).

aplicación (2), de los diferentes niveles de control a que somete las cláusulas predispuestas (3) y de las consecuencias jurídicas ligadas al carácter abusivo de una cláusula (4). En tal análisis se ha tenido presente un triple referente comparativo: la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁶, el Proyecto de Marco Común de Referencia (Draft Common Frame of Reference, en adelante, DCFR)⁷ y el derecho español interno. El primero de estos referentes brinda la ocasión de comprobar en qué medida las novedades introducidas en la propuesta se traducen en la pretendida mejora de la legislación comunitaria vigente en la materia. El segundo, de valorar el grado de interacción entre el proyecto MCR y el proceso de revisión del acervo comunitario, una vez que el primero parece condenado a ser un instrumento al servicio del segundo⁸. Por último, la comparación del capítulo V de la propuesta con la legislación española en materia de cláusulas abusivas evidencia la amenaza que se cierne sobre el consumidor en ordenamientos que, como el español, han hecho uso de la cláusula de armonización mínima (artículo 8 de la directiva de 1993), reforzando la protección prevista por la norma comunitaria. Por encima de cualquier otra consideración, la opción comunitaria por una directiva de máximos pone en cuestión la oportunidad –y aun la legitimidad– de un proceso que, a la postre, puede traducirse en una pérdida de derechos por el sujeto supuestamente protegido, en aras de un mejor funcionamiento del mercado intracomunitario.

2. Ámbito de aplicación de la Propuesta de directiva

El sistema de protección establecido por la Propuesta de directiva se ciñe, de una parte, a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores; de otra, a las cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas individualmente. Su ámbito de aplicación resulta así de una doble delimitación, subjetiva (2.1) y objetiva (2.2).

2.1 Ámbito subjetivo de aplicación. El consumidor protegido

Como típica norma de consumo, la propuesta limita su ámbito de aplicación a las relaciones contractuales entre profesionales y consumidores (artículos 1 y 30.1), dejando al margen –y por tanto, a la libertad de los Estados miembros– la regulación de los contratos celebrados entre profesionales y entre *no profesionales*, aun cuando estos últimos actúen a través de mediadores o mandatarios profesionales. Unas y otras relaciones (B2B; C2C) están comprendidas en la regulación dada a las cláusulas no negociadas por el DCFR (artículos II.-1:110, II.-9:110 y Sección

⁶ Diario Oficial L 95, 21.4.1993.

⁷ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier, 2009.

⁸ O, en palabras de la Comisión, “una «caja de herramientas» o un manual que la Comisión y el legislador de la UE utilizarán para revisar la legislación en vigor o preparar legislación nueva en el ámbito del Derecho contractual” (Conclusiones del Segundo informe citado).

cuarta, Capítulo 9, Libro II: artículos II.-9: 401 a II.-9:410), que sin embargo atenúa sensiblemente el rigor de la protección brindada al adherente no consumidor.

En el ámbito de la propuesta, resultan determinantes las nociones de consumidor y profesional contenidas en el artículo 2, que identifica al primero con *“toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”* (letra a) y al segundo con *“toda persona física o jurídica que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre de un comerciante o por cuenta de éste”* (letra b).

En la línea de las directivas que refunde (y, genéricamente, de cuantas atienden a la protección de los intereses económicos de los consumidores), la propuesta, como el DCFR (artículo I-1:105), limita la cualidad de consumidor a la persona física, lo que excluye en todo caso a las personas jurídicas como objeto de protección. El legislador comunitario sigue ignorando la existencia de personas morales –tales como las asociaciones o fundaciones- y aun de entes sin personalidad⁹ extrañas al ejercicio de una actividad profesional, que presentan frente al empresario con quien contratan la misma inferioridad económica y técnica que caracteriza al consumidor persona física¹⁰. Una realidad a la que es sensible el legislador español, que extiende la protección brindada al consumidor a las personas jurídicas, siempre que actúen con propósitos ajenos a una actividad profesional¹¹.

Admitida – no sin recelos- la limitación establecida en la propuesta, la clave en la definición del sujeto protegido se encuentra en la finalidad del contrato concluido y su vinculación (o no) al *marco de la actividad profesional* del predisponente. En la *estrechez del vínculo* (¿directo o indirecto?) exigido entre contrato y actividad profesional se encuentra el nudo gordiano del alcance

⁹ Así, las comunidades de propietarios, que están protagonizando en España un interesante contencioso en torno a la validez de las cláusulas que determinan la duración de los contratos de instalación y mantenimiento de ascensores, cuando en ellas se establece un largo plazo inicial (5 o 10 años) prorrogable por períodos idénticos salvo denuncia notificada a la otra parte con 90 o 180 días de antelación (según los casos), y en las que se impone al consumidor que resuelva fuera de tales plazos el pago de una indemnización que oscila entre el 50 y el 75% del importe total de las mensualidades que resten para la finalización del contrato. En espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, las Audiencias españolas han respondido a tal cuestión de forma dispar, decantándose por soluciones antagónicas, en pro y en contra de la validez de las cláusulas descritas. A favor de su validez, véanse, entre otras, SAP Asturias, Civil Sec. 7ª, 13.10.2006 (AC 2007/211; MP: Rafael Martín del Peso); SAP Málaga, Civil Sec. 4ª, 11.10.2007 (AC 2008/205.; MP: Melchor Hernández Calvo); SAP Córdoba, Civil Sec. 3ª, 6.11.2007 (AC 2008/270; MP: Felipe Moreno Gómez). En contra, entre otras, SAP Pontevedra, Civil Sec. 1ª, 5.4.2006 (AC 2006/251311; MP: Manuel Almenar Belenguer); SAP Girona, Civil Sec. 2ª, 5.2.2007 (JUR 2007/245213; MP: Jaime Masfarre Coll); SAP Badajoz, Civil Sec. 2ª, 10.9.2008 (AC 2008/1726; MP: Fernando Paumard Collado).

¹⁰ Véase, en sentido crítico, BERNADEAU (2001, pp. 353 a 358).

¹¹ Artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 287, de 30.11. 2007) (en adelante, LGDCU).

subjetivo del sistema de protección establecido y se alimenta el debate –que, en puridad, trasciende la órbita de la legislación sobre cláusulas abusivas- en torno a su posible aplicación al profesional que, al contratar con otros profesionales, actúa al margen de su actividad típica y, en consecuencia, fuera de la esfera de su competencia. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) perdió una ocasión preciosa de terciar en tal debate, al no dar respuesta a la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas en el asunto C-541/99 y C-542/99, *Cape Snc c/Idealservice Srl. e Idealservie MN RE Sas c/OMAI Srl.*, a saber: ¿Puede considerarse consumidor a un empresario que, mediante la celebración de un contrato con otro empresario en un modelo preestablecido por éste, adquiere en beneficio exclusivo de sus propios empleados un servicio o un bien que no tiene relación alguna con su propia actividad profesional y empresarial normal y es completamente ajeno a la misma? ¿Puede afirmarse, en tal caso, que dicha persona ha actuado con una finalidad no relacionada con la empresa?¹² Una cuestión de calado que la sentencia de 22 de noviembre de 2001, centrada exclusivamente en la resolución del caso planteado, considera improcedente responder, habida cuenta de que *“una persona distinta de una persona física, que celebra un contrato con un profesional, no puede ser considerada consumidor en el sentido del artículo 2 de la directiva”*¹³.

Pese a la oportunidad perdida, debe reconocerse que diversos pronunciamientos del TJCE recaídas en otros ámbitos del derecho comunitario de consumo revelan su opción por una interpretación restrictiva del concepto de consumidor, que excluye en todo caso del mismo al adquirente de bienes o servicios que directa o indirectamente se encuadran en el marco de una actividad profesional¹⁴. Idéntica actitud reductora ha mostrado el Tribunal en relación a los

¹² En el caso, procedente de Italia, las empresas Cape y OMAI habían concluido con otra sociedad, Idealservice, dos contratos relativos al suministro de varias máquinas de distribución automática de bebidas, que fueron instaladas en los locales de aquellas dos sociedades con destino al uso exclusivo de su personal.

¹³ STJCE, Sala 3ª, 22.11.22. Asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99, *Cape Snc c/Idealservice Srl. e Idealservie MN RE Sas c/OMAI Srl.* (MP: F. Macken, Ab. gen.: J. Mischo).

¹⁴ Véase, STJCE (Sala 1ª), 14.3.1991. Asunto C-361/89, *Patrice Di Pinto* (Pres.: G. C. Rodríguez Iglesias, Ab. Gen.: J. Mischo), dictada en materia de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. En el supuesto, el tribunal descarta la posible consideración como consumidor protegido del comerciante que concluye un contrato de publicidad relativa a la venta de sus productos, al existir un vínculo que une el contrato objeto de negociación a domicilio y su actividad profesional. Para el tribunal, la directiva no protege sino las operaciones que exceden del ámbito de las actividades profesionales del contratante, sin que permita, dentro de tal ámbito, establecer una distinción entre actos de práctica corriente y los que presentan un carácter excepcional. La concepción estricta ha primado asimismo en la interpretación del artículo 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y comercial (hoy, artículo 15 del Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil), en su alusión a la persona que contrata *“para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional”*. La corte ha sostenido con reiteración que el carácter excepcional de las reglas de competencia establecidas para la contratación con consumidores impone la interpretación estricta de este último concepto, limitado al consumidor final privado que no realice actividades mercantiles ni profesionales, considerado económicamente más débil y jurídicamente menos experto que su cocontratante profesional (véanse STJCE 19.01.1993. Asunto C-89/91, *Shearson Lehman Hutton* (MP: C. N. Kakouris, Ab. Gen.: M.

contratos mixtos, de finalidad parcialmente privada, parcialmente profesional¹⁵. Una posición que contrasta con la mantenida por el DCFR¹⁶ y por la propia Comisión europea, que en el Libro verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo ha manifestado la conveniencia de que, con ocasión de dicha revisión, se unifique y amplíe la noción de consumidor, a fin de englobar las transacciones efectuadas con finalidad mixta, cuando son *esencialmente* ajenas a la actividad profesional del contratante¹⁷.

La concepción restrictiva del consumidor protegido, sea o no deseable, no impide a los Estados miembros otorgar una regulación idéntica, incluso más rigurosa, a las relaciones entre profesionales o entre particulares, excluidas del ámbito de la propuesta y por tanto del objetivo de armonización total¹⁸. Más limitaciones resultan para los ordenamientos internos de la fijación por la propuesta del objeto de fiscalización.

2.2. Ámbito objetivo de aplicación: las cláusulas sujetas a control

Desde una perspectiva objetiva, el ámbito de aplicación del capítulo V de la propuesta se establece en el apartado primero del artículo 30, que sujeta a control *“las cláusulas redactadas previamente por el profesional o un tercero que el consumidor ha aceptado sin poder influir en su contenido, en particular si dichas cláusulas forman parte de un contrato de adhesión”*.

La propuesta prescinde de la locución, ya clásica y acogida por el DCFR (artículo II.-1:110), de *cláusula no negociada individualmente*, pero la idea es en todo caso la misma: centrar el objeto de regulación en las cláusulas *predispuestas* o incorporadas al contrato por la voluntad exclusiva del profesional e *impuestas* al consumidor, privado de cualquier opción de influir sobre su contenido. Debe advertirse sin embargo que, en la nueva norma, la redacción previa del clausulado –aun por

M. Darmon); STJCE (Sala 6ª), 3.7.1997. Asunto C-269/95, *Francesco Benincasa/ Dentalkit s.r.l.* (MP: C.N. Kakouris, Ab. Gen.: Ruiz-Jarabo Colomer).

¹⁵ Véase STJCE (Sala 2ª), 20.1.2005. Asunto C-464/01, *Johann Gruber vs. Bay Wa AG* (MP: R. Schintgen, Ab. gen.: F.G. Jacobs), donde el Tribunal resuelve un supuesto de compraventa con finalidad mixta (parcialmente privada y parcialmente profesional), descartando la condición de consumidor del adquirente. Aun cuando en el destino del bien predomine el aspecto privado (en el supuesto, retejado de granja utilizada en su 60% como vivienda), el hecho de que la finalidad de la adquisición tan sólo sea parcialmente ajeno a la actividad profesional impide la aplicación de los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas, salvo que *“el vínculo del contrato con la actividad profesional del interesado fuese tan tenue que pudiese considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación considerada globalmente”* (apartado 39).

¹⁶ Artículo I.-1:105 (1) *“A consumer means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession”*.

¹⁷ Parecer que no comparte el Parlamento europeo, que en su Resolución de 6 de septiembre de 2007, sobre el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, retoma el concepto estricto de consumidor, limitado a la persona física que actúe con fines ajenos a su actividad profesional.

¹⁸ Véase, ROCHFELD (2009b, pp. 2047 a 2052).

tercero- aparece como nota definitoria del ámbito de control y no ya como indicio del carácter no negociado de la cláusula, valor que le otorga tanto el artículo 3.2 de la directiva como el artículo II.-1:110 (1) del DCFR. A diferencia de estos sistemas, la propuesta excluye de control las cláusulas cuya imposibilidad de modificación por el consumidor deriva de factores diversos a su pre-formulación por el empresario¹⁹.

Más allá del matiz apuntado, la propuesta mantiene las dos directrices que definen el ámbito objetivo de aplicación de la directiva de 1993. De una parte, se prescinde en la determinación de las cláusulas fiscalizables de su eventual *generalidad* o vocación de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sin perjuicio de que la utilización de cláusulas estandarizadas o contratos-tipo sea un claro indicio de la falta de negociación de las cláusulas que incluye. De otra, se excluye de todo control a las cláusulas libremente negociadas, renunciando al establecimiento de un nivel de protección más alto que, al modo francés (artículo 132.1.4 Code de la consommation), extienda el ámbito de control a todo tipo de cláusulas, evitando los problemas asociados a la prueba de su carácter negociado, denunciados por la propia Comisión en su Informe de 27 de abril de 2000, sobre la aplicación de la directiva²⁰.

Precisamente en relación a este último extremo ha de llamarse la atención sobre la inexistencia en la propuesta de una norma equivalente al artículo 3.2.3 de la directiva, que grava al profesional que afirme que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente con la carga de la prueba. El reparto del *onus probandi* queda así a determinación de los Estados miembros, una opción no compartida por el DCFR, que en los contratos de consumo grava en todo caso al profesional con la carga de la prueba de la negociación de la cláusula, se trate o no de una condición general (artículo II.-1:110 (4))²¹.

Cualquiera que sea la regulación dada por los Estados a este extremo, el juez nacional ha de estar necesariamente vinculado por la norma de valoración de prueba recogida en el apartado 2 del artículo 30 de la propuesta, a cuyo tenor *“el hecho de que el consumidor haya podido influir en el*

¹⁹ Resultan interesantes las consideraciones realizadas por Almeno DE SÁ a propósito de la pre-formulación como requisito de control de las cláusulas por la legislación portuguesa que, a su juicio, conlleva un incumplimiento de la normativa comunitaria vigente. Como pone de relieve el autor, la falta de influencia en el contenido del contrato, exigido por la directiva de 1993, no presupone necesariamente su prerredacción, aunque se trate del supuesto más común (véase, Almeno DE SÁ (1999, pp. 71 a 74)). Véase, para el derecho español, GONZÁLEZ PACANOWSKA (2000, p. 676).

²⁰ Véase el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Bruselas, 27 de abril de 2000, COM (2000) 248 final, pp. 10 y 11, donde se plantea la supresión del requisito de negociación de las cláusulas, pues el examen de la práctica a nivel europeo constata que no sólo añade confusión al régimen, sino que propicia la inclusión por las empresas de cláusulas, igualmente impuestas, en las que el consumidor declara haber negociado y aceptado expresamente el contenido contractual.

²¹ En las relaciones entre profesionales y entre no profesionales, sólo el carácter negociado de las cláusulas incluidas en un contrato-tipo corre a cargo del predisponente: artículo II.- 1: 110 (3).

contenido de determinados aspectos de una cláusula contractual o una cláusula aislada no impedirá la aplicación del presente capítulo a otras cláusulas del contrato"²². Más dudas suscita la "imperatividad" de la segunda de las reglas de valoración presentes en la propuesta, que, desplazada al considerando 45, bien pudiera estar incluida en el articulado, como lo está en el artículo II.- 1: 110 (2) del DCFR: "La posibilidad de escoger entre diferentes cláusulas contractuales redactadas por el comerciante o por terceros por cuenta del comerciante no debe ser asimilada a una negociación".

En la línea de la directiva vigente, la propuesta completa el ámbito objetivo de control con la exclusión de las conocidas como cláusulas declarativas, que incorporan directa o indirectamente una norma jurídica preexistente. En los términos del apartado 3 del artículo 30 "el presente capítulo no se aplicará a las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas conformes al Derecho comunitario ni a las disposiciones o los principios de convenios internacionales de los que la Comunidad o los Estados miembros sean parte". Aun cuando haya desaparecido de los considerandos de la propuesta la justificación de esta exclusión, probablemente descansa sobre la misma "presunción de licitud" de las normas – de origen interno o convencional- que explicita el considerando 13 de la directiva. Más interrogantes puede abrir la ausencia en el considerando 47 de la propuesta de cualquier *aclaración* en torno al sentido que haya de darse a la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que –recordemos- en el sistema de la directiva "incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo" (considerando 13 inciso final).

Pudiera plantearse si, ante tal ausencia, la literalidad del artículo 30.3, en su referencia a disposiciones imperativas, abre al juez nacional la posibilidad de fiscalizar el contenido de cláusulas que reproducen normas dispositivas, erigiéndolo así en juzgador de su *legalidad*. Una opción que no sólo encuentra serios obstáculos en los límites de la función jurisdiccional, sino en la propia lógica del sistema, que sometería a control una cláusula que ha de integrar el contrato de igual modo, si no por *voluntad* de las partes, sí por voluntad de la ley.

Sea como fuere, si la propuesta llega a buen puerto, su valor como norma de máximos pondrá fin al debate doctrinal en torno al posible control de las cláusulas declarativas generado en España por la falta de transposición del artículo 1.2 de la directiva de 1993 a la legislación de consumo interna²³. Paralelamente, en su alusión a las normas *reglamentarias* imperativas, pondrá en cuestión la posible fiscalización de los clausulados utilizados en sectores reglamentados, inscritos en el ámbito de la gestión de servicios públicos (suministro de gas, telefonía, energía eléctrica, transporte de viajeros...) y sujetos a control por los tribunales españoles²⁴.

²² Obsérvese que la norma tiene un campo de actuación más amplio que el recogido hoy por el artículo 3.2.2 de la directiva, que limita la regla de valoración a los contratos de adhesión.

²³ A favor de la operatividad de la exclusión en España se muestra PAGADOR LÓPEZ (1999, pp. 244 y 245). Por el contrario, postula el control de las cláusulas que incorporan normas dispositivas ARENAS GARCÍA (1999, pp. 48 y 49).

²⁴ Véase, por ejemplo, SAP de Asturias, Civil Sec. 5ª, 5.7.1999 (AC 1999/1569; MP: María José Pueyo Mateo), que declara abusivas ciertas cláusulas del Reglamento municipal del servicio de aguas de Oviedo; SAP Sevilla, Civil

Ante el riesgo de naufragio del poder fiscalizador del juez nacional, ha de reconocerse que la propuesta ofrece una tabla de salvación, ausente hoy de la directiva: la exigencia de conformidad con el derecho comunitario de las cláusulas declarativas como presupuesto de su inmunidad. Por esta vía podrá ser rescatada la jurisprudencia comentada, y aun verse abierto el control judicial a cláusulas que, fuera de los sectores reglamentados, reproducen normas que pueden delatarse poco respetuosas con la exigencia de equilibrio contractual²⁵.

3. El sistema de protección contra las cláusulas predispuestas: control del consentimiento y control del equilibrio contractual

Con el alcance subjetivo y objetivo apuntado, el eje del sistema de protección establecido por el capítulo V de la Propuesta de directiva sigue residiendo en la fiscalización del contenido contractual, articulado a través de la noción de cláusula abusiva (3.2). No obstante, la nueva norma amplía la protección brindada al consumidor, al introducir –al menos en apariencia– una suerte de control de inclusión de las cláusulas predispuestas ausente en la directiva vigente, que en su artículo 5 limita el control del consentimiento a la exigencia de una redacción *clara y comprensible* de las cláusulas contractuales, sin más sanción que su interpretación *contra proferentem* (3.1).

3.1. La obligación de transparencia

Bajo el rótulo “*Obligación de transparencia de las cláusulas contractuales*”, el artículo 31 de la propuesta, tras prescribir que las cláusulas deben expresarse en un lenguaje claro y comprensible y ser legibles (apartado 1), recoge la obligación de su puesta a disposición del consumidor de manera que tenga la oportunidad real de conocerlas antes de la conclusión del contrato, de acuerdo con la técnica de comunicación utilizada (apartado 2).

La norma trata de garantizar en lo posible la correcta formación de la voluntad contractual del consumidor adherente, procurándole un conocimiento completo, tanto físico (puesta a disposición) como intelectual (legibilidad, redacción clara y comprensible), de las cláusulas a las que somete, como presupuesto para la emisión de un consentimiento consciente²⁶. En tal sentido,

Sec. 5ª, 14.5.2002 (JUR 2002/207786; MP: José Herrera Tagua), en relación a la Ordenanza reguladora del servicio de suministro de aguas; *obiter dicta*, STS, 1ª, 3.11.2006 (RJ 2007/683; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), en relación al Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles.

²⁵ Piénsese, por ejemplo, en la norma prevista en el artículo 22.2 de la Ley de contrato de seguro española, que exige al asegurado que no desea ver prorrogado su contrato por un año más una notificación a la contraparte con dos meses de antelación respecto a la expiración del término inicial. ¿Es tal cláusula compatible con lo establecido en la letra f) del Anexo III de la propuesta?

²⁶ Se parte en el texto de una concepción contractualista de las cláusulas predispuestas, vinculantes en cuanto consentidas por el adherente, sin perjuicio de su sujeción a un ulterior test de equidad. La crítica moderna a la

ha de ser celebrada su introducción al nuevo texto, cuyas bondades no deben sin embargo ocultar las críticas que sin duda merece.

En primer término, ha de lamentarse la ausencia en el artículo 31 de una norma que, al modo del artículo II.- 9: 103 (3) (b) del DCFR, prive de todo valor a las conocidas *cláusulas de referencia* que, antepuestas a la firma del documento contractual, contienen una mera remisión a las condiciones generales, que el consumidor declara conocer y aceptar. La omisión se agrava por la desaparición en la propuesta de la letra i) del Anexo de la directiva, que permite reconducir tales cláusulas al test de equidad, al sancionar el posible carácter abusivo de las cláusulas que tengan por objeto o efecto *“hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”*.

En segundo lugar, resulta sorprendente que, en su ánimo de preservar la libertad del profesional en la elección del modo de cumplimiento de los deberes recogidos en los apartados 1 y 2 del artículo 31, la propuesta conmine a los Estados miembros a abstenerse de establecer cualesquiera requisitos formales en cuanto a la redacción de las cláusulas contractuales o a la manera en que deben ser puestas a disposición del consumidor (artículo 31 apartado 4). De mantener su redacción actual, la norma determinará la *contravención sobrevenida* del derecho comunitario por sistemas como el diseñado por los artículos 63 y 80.1 letras a y b de la LGDCU española que –aun con absoluta falta de claridad y sencillez- condicionan la válida incorporación de las condiciones generales, ya a su inserción completa en el texto del contrato, antes de la firma, ya a su incorporación en otros textos o documentos que habrán de ser entregados y firmados por el consumidor y de los que constará referencia expresa en el documento contractual, nuevamente con carácter previo a la firma. Un sistema que, paradójicamente, mantendrá su imperatividad en el ámbito de la contratación entre empresarios, por el juego de los artículos 5, 7 a) y 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE nº 89, de 14.04.1998) (en adelante, LCGC)²⁷.

La tercera de las críticas sitúa nuestra atención en el considerando 47 de la propuesta que, a título ejemplificativo, recoge tres fórmulas diversas de puesta en conocimiento del consumidor del contenido contractual, a saber: *“facilitar las cláusulas al consumidor si lo solicita (en los contratos celebrados en el establecimiento), ponerlas a su disposición de cualquier otra manera (por ejemplo, en el sitio web del comerciante en los contratos a distancia) o adjuntar cláusulas tipo al formulario de pedido (en los contratos celebrados fuera del establecimiento)”*. Resulta cuando menos dudosa la eficacia de la primera de las fórmulas contempladas, en cuanto desplaza al consumidor la iniciativa en la exigencia del cumplimiento por el predisponente de la obligación de entrega del clausulado

tesis contractualista es liderada en España por el profesor Alfaro, quien otorga a las normas sobre incorporación una mera función de publicidad llamada a desplegar su operatividad esencial durante la ejecución del contrato. Véase ALFARO ÁGUILA-REAL (1991, pp. 52 a 107 y 192 a 203). Más recientemente, ALFARO ÁGUILA-REAL (2002, pp. 75 a 93, en esp., 89 y 92).

²⁷ La reflexión es extensiva a los requisitos específicos establecidos en los artículos 5 de la LCGC y 80.1 b).2 de la LGDCU para los casos de contratación telefónica o electrónica. Sobre el disparatado desarrollo reglamentario del primero de estos preceptos véase GARCÍA RUBIO (2001, pp. 325 a 337).

contractual²⁸. Una previsión normativa en tal sentido, ¿le garantiza realmente la oportunidad de conocer el clausulado al que se adhiere? En otras palabras, ¿sería concebible reputarlo vinculado a aquél por el hecho de no haber solicitado su entrega?

El capítulo de reproches se cierra con el merecido por la tibieza -y aun la falta de claridad- de las consecuencias ligadas al incumplimiento de los deberes recogidos en el artículo 31, con el que la propuesta desatiende las voces que, en la exégesis del artículo 5 de la directiva vigente, vienen demandando la necesaria aclaración de la sanción procedente en caso de contravención por el profesional del deber de transparencia, omitida por la norma²⁹.

Si el artículo 31 de la propuesta silencia absolutamente tales consecuencias, un bosquejo por el resto del articulado permite “localizar” dos sanciones vinculadas a su transgresión.

La primera de ellas se encuentra en el artículo 36, que ordena la interpretación de la cláusula oscura o ambigua en el sentido más favorable al consumidor. La regla, ya recogida en el artículo 5 de la directiva y conocida por los ordenamientos internos, se delata notoriamente insuficiente en la lucha contra los clausulados opacos³⁰. Por imperativo de la propia norma -y como no podía ser de otro modo-, su campo de actuación se limita al litigio individual (artículo 36.2)³¹, al tiempo que, por su propia naturaleza, deja inmunes las cláusulas de redacción clara que el consumidor no ha tenido oportunidad real de conocer³² y aquellas que no admiten interpretación posible que

²⁸ Véase, en relación al artículo L. 134-1 del Código de consumo francés, CALAIS-AULOY y STEINMETZ (2006, p. 193).

²⁹ Informe de la Comisión 2001, pp. 13 a 15; MICKLITZ (1999, pp. 181 a 188); EBERS (2007, pp. 465 a 471). Con una visión más optimista, defiende la “multifuncionalidad” del deber de transparencia del artículo 5 de la directiva -operativo a nivel de incorporación, interpretación, control de equilibrio contractual y protección del consumidor frente a las cláusulas insólitas- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004, pp. 46 a 55).

³⁰ De “*voeu pieux sans conséquence pratique*” la califican CALAIS-AULOY y STEINMETZ (2006, p. 191).

³¹ La razón de ser de la inaplicación de la regla *contra proferentem* a las acciones colectivas de cesación contempladas en el apartado 2 del artículo 7 de la directiva ha sido puesta de relieve en la STJCE (Sala 1ª), 9.9.2004. Asunto C-70/03, *Comisión/España* (MP: P. Jann, Ab. Gen.: L. A. Geelhoed), donde la corte condena a España por incorrecta adaptación al derecho interno del artículo 5 de la directiva, al no precisar el legislador español tal inaplicación. Si en el contexto de las acciones que implican a un consumidor una interpretación favorable le beneficia de modo inmediato, en las acciones colectivas, en que se efectúa una apreciación *in abstracto* del carácter abusivo de una cláusula al margen de su efectiva inclusión en un contrato, la regla *contra proferentem* puede volverse contra el colectivo de consumidores protegido, pues al primar una de las interpretaciones posibles de la cláusula oscura se estará impidiendo su eliminación del clausulado (considerando 16).

³² Vg., las cláusulas inesperadas o “sorprendentes”, que por las circunstancias de celebración del contrato (publicidad y oferta contractual, tratos previos...), su naturaleza y la configuración y presentación del documento contractual resultan tan insólitas que el consumidor no ha podido contar razonablemente con su existencia (véase § 305 c del Código civil alemán; artículo 8 c) de la Ley de condiciones generales portuguesa (Decreto-Ley nº 446/85, de 25 de octubre, que instituye el Régimen Jurídico de las Cláusulas Contractuales Generales, reformado por el Decreto-Ley nº 220/95, de 31 de agosto (Diário da República nº 201, 31.8.1995, p. 5469) (en adelante, LCCG). Para el derecho español, véase PAGADOR LÓPEZ (1999, pp. 508 a 510).

favorezca al consumidor³³. Para unas y otras es necesaria una norma de protección más contundente, calificativo que, lamentablemente, no se puede aplicar a la segunda de las *sanciones* a la falta de transparencia previstas en la propuesta.

Conforme al artículo 32.2 inciso final *“para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, la autoridad nacional competente tendrá también en cuenta la forma en que el comerciante ha redactado y comunicado el contrato al consumidor con arreglo al artículo 31”*. Entre todas las opciones posibles en el tratamiento de la falta de transparencia, la propuesta opta por la más descafeinada, a riesgo de dejar la cláusula oscura o incomprensible sin sanción alguna. Desde el momento en que la defectuosa comunicación o redacción de una cláusula se relega a criterio de apreciación de su eventual carácter abusivo a la luz de la definición del artículo 32.1, su ineficacia pasa porque, más allá de su cognoscibilidad real, produzca un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor. Aun cuando la ecuación oscuridad=desequilibrio se cumplirá en la mayor parte de los casos, es de lamentar que se dejen sin cobertura, por excepcionales que sean, los supuestos en que aquélla se rompe. Piénsese, por ejemplo, en las cláusulas sorprendentes que introducen un requisito adicional para la obtención de un beneficio recogido en otra cláusula que, de modo transparente, otorga al consumidor una posición más ventajosa que la derivada del derecho dispositivo. En tal contexto ¿ha de entenderse válida la cláusula insólita por no existir a la postre desequilibrio contractual?

Si es voluntad del legislador comunitario reconducir el principio de transparencia al control de contenido de las condiciones contractuales, sería deseable una radicalización de su impacto en la valoración de la justicia del contrato, eliminando el inciso final del artículo 32.2 e introduciendo una norma que, de modo semejante a la regla II.-9:402 del DCFR, permita que una cláusula redactada en violación de la obligación de transparencia sea considerada abusiva -y, por tanto, ineficaz- por este solo hecho³⁴.

Aun cuando tal solución sería razonablemente satisfactoria, más adecuado se nos antoja el tercero de los enfoques posibles de la falta de transparencia. Desde la lógica del consentimiento parece

³³ Así, si una cláusula atribuye la competencia para conocer los litigios derivados del contrato a los “juzgados y tribunales de Madrid y San Sebastián”, de modo acumulativo y sin precisar el criterio de concreción del foro competente, su oscuridad podrá ser interpretada en sentido favorable al consumidor si éste tiene su domicilio en una u otra ciudad, pero la regla hermenéutica será inaplicable en caso de que resida en Vigo (el ejemplo está extraído de la STS, 1ª, 9.7.1999 (RJ 4767; MP: José Almagro Nosete). Claro que en estos supuestos la nulidad de la cláusula vendrá dada por su irrefragable carácter abusivo, al amparo de la letra c) del Anexo II de la propuesta, pero pueden imaginarse otros en que tal “reubicación” no sea posible. Piénsese en la cláusula no negociada que, intrínsecamente clara, contradice o matiza otra, igualmente predisuelta, limitando los derechos que esta última reconoce al consumidor. Su sanción no puede venir dada de la mano de la interpretación: o se reputa nula o se acepta su carácter vinculante.

³⁴ Obsérvese que el DCFR reserva la regla comentada a las relaciones entre empresario y consumidor, relegando para las restantes la falta de transparencia a criterio de apreciación de su posible carácter abusivo, al modo de la propuesta (artículo II.- 9: 407).

que, al menos las cláusulas que no han sido físicamente comunicadas al consumidor de forma adecuada, no deben formar parte del contrato en la medida en que aquél, *por no conocerlas*, no ha podido aceptarlas. Su sanción debiera ser –abstracción hecha del desequilibrio que generen- su *no incorporación* (al modo alemán: §305 del Código civil o español: artículo 7 LCGC) o, si se prefiere, su *exclusión* del contrato (al modo portugués: artículo 8 LCCG) o su *inoponibilidad* al adherente, tal y como establece la regla II.-9:103 (1) del DCFR³⁵. Una sanción que podría extenderse sin dificultad a las cláusulas que, comunicadas a la contraparte, son redactadas de modo oscuro, incomprensible o ilegible y que el consumidor, *por no comprenderlas*, no ha podido aceptar. Se trataría, en definitiva, de equiparar el tratamiento de la cláusula oscura a la cláusula no comunicada, al modo en que lo hacen ordenamientos como el español o portugués y que, en el ámbito de la propuesta, vendría abonada por la propia literalidad del artículo 31.2, pues su falta de claridad priva al consumidor de la posibilidad *efectiva* de conocerlas.

A la luz de las consideraciones precedentes cabe cuestionarse si el supuesto reforzamiento del deber de transparencia llevado a cabo por el artículo 31 de la propuesta no se traduce, en definitiva, en un debilitamiento de la posición del consumidor, que habrá de probar el desequilibrio generado por la cláusula oscura para *expulsarla* del contrato. Con el agravante de que, de no producirse un cambio en la redacción definitiva del artículo 32.2, no será posible una lectura *pro* “no incorporación” del artículo 31, interpretación que, en su silencio -leído a la luz del considerando 20-, sí permite el artículo 5 la directiva vigente³⁶.

La propuesta, en su ánimo unificador, pone en cuestión los ordenamientos internos que con mayor celo han preservado la libertad del consentimiento, sembrando las dudas sobre el futuro de unas normas que, en los términos del artículo 4, no podrán ser mantenidas en cuanto establecen un nivel de protección del consumidor más estricto y que, curiosamente, podrán regir las relaciones contractuales cuando el adherente no tenga tal cualidad. Una paradoja que se repite en la regulación dada por la propuesta al control de contenido.

3.2. El control de contenido. La determinación de las cláusulas abusivas

Es conocido el sistema de fiscalización del contenido contractual establecido en la directiva de 1993 que, centrado en la noción de cláusula abusiva, conjuga el recurso a una definición general basada en la contravención de la buena fe y el equilibrio contractual (artículo 3.1) con el establecimiento en su Anexo de una lista “*indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser*

³⁵ Conforme a la norma, las cláusulas que una parte predispone y que no han sido objeto de una negociación individual sólo pueden ser invocadas frente a la otra parte cuando ésta las conocía o el predisponente ha adoptado medidas razonables para llamar su atención sobre ellas antes de la celebración del contrato. Más severo es el régimen establecido por el artículo 6:201 (4) de los Principios *Acquis*, que sanciona la no vinculación del consumidor por las cláusulas que *no ha tenido la oportunidad real de conocer* antes de la celebración del contrato (véase Research Group on EC Private Law (*Acquis Group*) (2007), *Principles of the existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier, Munich). Sobre las consecuencias prácticas de la diferente redacción de ambos preceptos véase PFEIFFER (2008, pp. 180 a 181).

³⁶ Véase el Informe de la Comisión 2001, pp. 13 y 14.

declaradas abusivas" (artículo 3.3): un total de 17 tipos de cláusulas de extendida aplicación práctica que presentan claros indicios de *abusividad*.

El TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la lista contenida en el Anexo de la directiva, manifestando que, por su valor indicativo y no agotador, no prejuzga el carácter abusivo de una cláusula que figure en ella ni, paralelamente, impide que una cláusula no incluida pueda ser declarada abusiva (apartado 20)³⁷. Todo ello sin perjuicio de que, dado el carácter mínimo de la directiva, quede a decisión de los Estados miembros dotar al Anexo de un valor más fuerte, sometiéndola a añadidos o a formulaciones más restrictivas.

Tal y como ha puesto de manifiesto la Comisión en el Libro verde sobre la revisión del acervo comunitario, el sistema vigente ha propiciado una *aplicación divergente* de la lista por los Estados miembros, cuyos ordenamientos han basculado entre el establecimiento de un elenco de cláusulas sistemáticamente abusivas (lista negra)³⁸, la adopción de una lista de cláusulas presuntamente abusivas, a reserva de prueba en contrario por el profesional (lista gris)³⁹, la combinación de ambas fórmulas⁴⁰ o la reproducción de la lista del Anexo en los trabajos preparatorios de las leyes de transposición, allí donde tales trabajos constituyen un instrumento capital de interpretación de las leyes (países nórdicos).

³⁷ STJCE (Sala 5ª), 7.5.2002. Asunto C-478/99, *Comisión/Suecia* (MP: P. Jann, Ab. gen.: L.A. Geelhoed), donde el Tribunal se basa en el valor indicativo y no exhaustivo de la lista contenida en el Anexo para desestimar el recurso por incumplimiento seguido por la Comisión contra el Reino de Suecia, por haberse abstenido de adoptar las disposiciones necesarias para su adaptación al ordenamiento interno. A juicio de la corte, en la medida en que el Anexo no tiene por objeto reconocer derechos a los consumidores - a diferencia de los artículos 3 a 7 que, por contener el grueso de la disciplina, deben ser objeto de transposición obligada, clara y precisa- la plena eficacia de la directiva puede garantizarse sin necesidad de que la lista sea incorporada en la norma de transposición, bastando con que se respete su valor como fuente de información - tanto para las autoridades nacionales como para particulares nacionales y extranjeros - a través de cualesquiera medios que garanticen suficientemente su conocimiento por parte del público. Sobre la sentencia, véase PALMIERI (2002, pp. 289 a 293).

³⁸ Así, España, que en su normativa de transposición de la directiva incorporó un listado, sensiblemente más amplio que el de aquélla, de cláusulas consideradas "*en todo caso*" abusivas (artículo 10 bis. 1 y Disposición adicional 1ª de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, en su redacción dada por la LCGC). La opción del legislador por la lista negra se mantiene en los artículos 85 a 90 de la LGDCU de 2007.

³⁹ Así, Italia: artículo 33.2 del Codice del consumo. La "lista gris" es la opción escogida por el DCFR, que reproduce el listado de cláusulas contenido en el Anexo de la directiva de 1993 (a excepción de la letra i), sentando, en favor del consumidor, la presunción de su carácter abusivo (artículo II.-9: 410). Únicamente las cláusulas de atribución de competencia para el conocimiento de los litigios surgidos del contrato al tribunal del domicilio de la empresa son reputadas automáticamente nulas en los contratos con consumidores (artículo II.-9:409).

⁴⁰ Así, Alemania: §§ 307 a 310 del Código civil; Portugal: artículos 20 a 22 de la LCCG; Francia: artículos L. 132-1, R. 132-1 y R.132-2 del Código de consumo, en la redacción dada por la Ley nº 2008-776, de 4 de agosto, de modernización de la economía (Journal Officiel, nº 181, de 5.08.2008) y el Decreto nº 2009-302, de 18 de marzo (Journal Officiel nº 67, de 20.03.2009), que la desarrolla.

En tal contexto no es de extrañar que, en su ánimo unificador y con el propósito confesado de “*garantizar la seguridad jurídica y mejorar el funcionamiento del mercado interior*” (considerando 50), la Propuesta de directiva altere sustancialmente el modelo conocido, introduciendo un sistema de *doble lista* que ha de ser aplicado en todos los Estados miembros (b). La primera de ellas, contenida en el Anexo II, reúne un conjunto de cláusulas que deben considerarse abusivas en cualquier circunstancia (lista negra). Por su parte, el Anexo III contiene una lista de cláusulas que deben considerarse abusivas a menos que el profesional demuestre lo contrario (lista gris). A modo de *red de seguridad*, la proposición mantiene una disposición general de control (artículo 32) que, retomando el criterio de la buena fe y el equilibrio contractual como parámetros de validez de las cláusulas no negociadas, da cobertura a todas aquellas no comprendidas en el catálogo de prohibiciones (a).

a) La definición general de cláusula abusiva

El artículo 32 de la propuesta, con fórmula prácticamente idéntica a la adoptada por el artículo 3.1 del texto vigente, reputa abusivas las cláusulas que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. De este modo, y sobre el presupuesto de la falta de negociación de la cláusula cuestionada, su eventual carácter abusivo ha de medirse en atención a un doble patrón, necesaria y simultáneamente concurrente: la contravención de las exigencias de la buena fe y la ruptura significativa, en perjuicio del consumidor, del equilibrio contractual⁴¹.

Como se desprende del considerando 48 de la propuesta, las exigencias de la buena fe imponen al predisponente un comportamiento objetivamente leal y equitativo con la otra parte, que debe tener en cuenta los intereses cuya satisfacción busca el consumidor a la hora de celebrar el contrato, al objeto de que no se vean frustradas sus legítimas expectativas, medidas en atención a la confianza generada y al fin normal del tipo contractual utilizado.

La vulneración de tal comportamiento ha de traducirse, en el caso, en la creación de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones surgidos del contrato, cuya apreciación obligará a comparar la entidad respectiva de unos y otros, ponderando la medida de la satisfacción de los intereses de los contratantes. En los términos del apartado 3 del precepto, quedan excluidas del test de equidad -a reserva de un eventual defecto de transparencia- las cláusulas que definen el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. La propuesta, al igual que la directiva y el artículo II-9: 406 (2) del DCFR, salva de control el equilibrio económico entre la prestación y el precio exigido por ella, sobre el presupuesto de que

⁴¹ Idénticos parámetros utiliza el DCFR (artículo II-9:403) para definir la cláusula abusiva en los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional y entre dos “no profesionales”, si bien en este segundo caso el ámbito de control se limita a las cláusulas estandarizadas (artículo II-9: 404). Para las relaciones entre empresarios, el DCFR altera el patrón, exigiendo que la cláusula - necesariamente general- se desvíe manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, contrariamente a las exigencias de la buena fe (artículo II: 9: 405).

está suficientemente preservado por el juego de la competencia. Una opción que pone en cuestión ordenamientos como el español donde, a falta de transposición de la exclusión y al margen del debate doctrinal surgido en torno al alcance de tal ausencia⁴², la jurisprudencia fiscaliza *de facto* los elementos esenciales del contrato, ya directamente⁴³, ya bajo el subterfugio de defender que el objeto de control no es la prestación central, sino un elemento accesorio en la determinación de la misma⁴⁴.

De modo muy semejante al establecido en el artículo 4 de la directiva, la propuesta trata de facilitar la aplicación práctica de la regla general estableciendo los criterios básicos a cuya luz ha de valorarse el posible carácter abusivo de una cláusula: la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes a su celebración, las demás cláusulas contractuales y las contenidas en eventuales contratos conexos. Como novedad frente al sistema vigente, la propuesta establece que, para apreciar la equidad de una cláusula, la autoridad nacional ha de tener en cuenta la forma en que el contrato ha sido redactado y transmitido al consumidor por el profesional, con arreglo al artículo 31. La regla, ya comentada en sus efectos últimos, atiende a la realidad de que, a menor claridad de la cláusula, mayor será el desequilibrio que produzca en perjuicio de quien no ha podido negociarla.

Junto a los criterios expresamente recogidos en la propuesta, en la realización del test de equilibrio alcanzan señalada importancia las normas dispositivas del ordenamiento de referencia, en la medida en que dan noticia de los efectos normales del contrato queridos por aquél, que las cláusulas no negociadas no deben alterar sustancialmente en perjuicio del consumidor⁴⁵. Así, un

⁴² Sobre tal debate, MIQUEL (2002, pp. 908 a 931); CÁMARA LAPUENTE (2006); CARRASCO PERERA (2006).

⁴³ Así, en el ámbito del crédito al consumo, donde los tribunales españoles estiman abusivas las cláusulas que fijan intereses remuneratorios excesivamente altos, en particular cuando el tipo excede 2,5 veces el interés legal del dinero, tope legal establecido por el artículo 19.4 de la Ley de crédito al consumo para los descubiertos en cuenta corriente (véanse, entre otras, SAP Madrid, Civil Sec. 18ª, 7.2.2005 (AC 2005/269; MP: Rosa Brobia Varona); SAP Badajoz, Civil Sec. 2ª, 20.2.2006 (AC 2006/2039; MP: Fernando Paumard Collado); SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil Sec. 4ª, 26.04.2006 (AC 2006/860; MP: Pablo José Moscoso Torres).

⁴⁴ Sirva de ejemplo la jurisprudencia recaída en torno a las cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés resultante de la aplicación del índice de referencia, incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario por diversas entidades bancarias (véanse, entre otras, SAP Islas Baleares, Civil Sec. 5ª (AC 2003/1624; MP: Santiago Oliver Barceló); SAP Barcelona, Civ. Sec. 15ª, 13.7.2005 (AC 2006/1590; MP: Luis Garrido Espá); SAP Madrid, Civil Sec. 11ª, 21.2.2006 (AC 2006/833; MP: Lourdes Ruiz de Gordejuela López) o la jurisprudencia que, en materia de contratos de garaje, declara la nulidad de la cláusula de fijación del precio de la estancia por hora o fracción, de modo que se cobra por una hora completa aunque el vehículo permanezca estacionado menos tiempo (SAP Madrid, Civil Sec. 14ª, 8.9.2005 (AC 2005/1554; MP: Amparo Camazón Linacero); SAP Alicante, Civil Sec. 8ª, 2.3.2006 (AC 2006/947; MP: Francisco José Soriano Guzmán). Unas y otras cláusulas están hoy amparadas en el artículo 87.5 de la LGDCU, que sanciona su carácter en todo caso abusivo.

⁴⁵ De *función modelo* del derecho dispositivo en la ponderación de los intereses de los contratantes habla DE SÁ (1999, p. 35).

plazo será excesivamente largo, o un interés moratorio desproporcionado en relación –más allá de su interpretación contextual y sistemática-, al plazo o al tipo legal subsidiario.

Precisamente la necesidad de este análisis *normativamente contextualizado* del equilibrio contractual ha llevado al TJCE a declarar la competencia exclusiva del juez nacional al respecto, sin que el juez comunitario -a quien compete la interpretación de los criterios generales de valoración- aparezca facultado para calificar concretas cláusulas contractuales, lo que exigirá el examen de todas las circunstancias concurrentes y de las ventajas y desventajas que a cada cláusula vincula el derecho nacional aplicable al contrato⁴⁶. Una doctrina que –tal y como reconoce el abogado general Sr. L. A. Geedhoed en sus conclusiones– supone renunciar a una interpretación uniforme del derecho comunitario, admitiendo que la misma cláusula despliegue consecuencias jurídicas diversas en los distintos ordenamientos nacionales⁴⁷.

El fantasma de la divergencia despierta de nuevo. Un peligro que la propuesta trata de ahuyentar completando la fórmula abierta de la definición general con el establecimiento de dos listas de cláusulas que han de recibir idéntico tratamiento en todos los Estados miembros.

b) Las cláusulas prohibidas en virtud de una lista. Los Anexos II y III de la propuesta

El Anexo II de la propuesta contiene un listado de cláusulas que se reputan abusivas *en cualquier circunstancia*, excluyéndose así la procedencia de cualquier juicio valorativo al respecto. En síntesis, la lista recoge las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad del profesional en caso de muerte o daño corporal derivado de su acción u omisión, las cláusulas que limitan la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios, las cláusulas que excluyen u obstaculizan el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos por el consumidor, las cláusulas que limitan los medios de prueba o invierten su carga y las que confieren un poder unilateral al profesional para determinar la conformidad de los bienes o servicios o para interpretar las cláusulas del contrato⁴⁸.

⁴⁶ STJC (Sala Quinta), 1.4.2004. Asunto C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter* (MP: P. Jann, Ab. Gen.: L. A. Geedhoed). Curiosamente, la doctrina de la sentencia *Freiburger Kommunalbauten* ha sido anticipadamente contradicha por el propio Tribunal en su sentencia de 27 de junio de 2000 (sobre la que volveremos), donde entra a valorar el carácter abusivo y consecuente nulidad de una concreta cláusula de atribución de competencia para conocer de los litigios surgidos del contrato a los juzgados de la sede social de la empresa predisponente.

⁴⁷ Sobre la imposibilidad de alcanzar la armonización plena pretendida por la propuesta de directiva en un contexto de inexistencia de un derecho de contratos común a los Estados miembros, que permita una valoración uniforme del carácter abusivo de una cláusula, véase, KIENINGER (2009, pp. 783 a 817).

⁴⁸ A diferencia del DCFR (II.- 9: 410), el Anexo II no recoge específicamente la cláusula de sumisión de los litigios nacidos del contrato a los tribunales del lugar en que el profesional tiene su domicilio, si bien están claramente inscritas en su letra c).

Por su parte, el Anexo III recoge, como *presuntamente abusivas*, las restantes cláusulas contenidas en la lista indicativa de la directiva de 1993, con la excepción, ya comentada, de la contenida en la letra i), reconducida en la propuesta a la exigencia de transparencia contractual (artículo 31.2). En los términos del artículo 35, la presunción de carácter abusivo puede ser destruida por el profesional con arreglo al artículo 32, esto es, mediante la prueba de que tales cláusulas no generan un desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor, valorado a la luz de los criterios recogidos en el apartado 2 del precepto. En la medida en que los mismos abonan una interpretación circunstanciada de las cláusulas contractuales, el principio de presunción *iuris tantum*, perfectamente operativo en el seno de un litigio individual, tendrá peor encaje en un proceso colectivo, donde la necesaria apreciación *in abstracto* de la equidad de las cláusulas dificultará la destrucción de la presunción por el predisponente. En gráfica expresión del Profesor PAISANT, “*Le gris virera noir*”⁴⁹.

En la lógica interna de la distribución *entre listas* realizada por la propuesta se inscriben en el Anexo II aquellas que más frontalmente lesionan el principio de equilibrio contractual. Sorprende, en tal sentido, la inclusión en el Anexo III de algunas cláusulas que transgreden abiertamente tal principio y que, en tal sentido, son prohibidas por el derecho común de contratos de una buena parte de los ordenamientos europeos. Sirvan como muestra las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad contractual, que, aun con independencia de su eventual carácter negociado o de la cualidad de los sujetos contratantes, son inoponibles al acreedor insatisfecho en muchos países, ya en cuanto se extiendan a los supuestos de incumplimiento intencional o gravemente negligente⁵⁰, ya en cuanto afecten a una obligación esencial⁵¹. Frente a tales sistemas, la inclusión sin matices de tales cláusulas en la letra a) del Anexo III de la propuesta⁵² abre al predisponente la posibilidad de defender su validez, apelando, p. e., a la posición de fuerza en que el consumidor se encontraba en la fase

⁴⁹ Véase, en relación al sistema de “doble lista” adoptado por el legislador francés en 2008, Gilles PAISANT (2009b, p. 53).

⁵⁰ Así, en España: artículo 1102 del Código civil ; STS, 1ª, 25.04.1984 (RJ 1984/1969; MP: Carlos de la Vega Benayas); STS, 1ª, 22.10.1996 (RJ 1996/7238; MP: José Almagro Nosete); STS, 1ª, 4.02.2002 (RJ 2002/2883; MP: José Almagro Nosete); artículo 1212.2 de la Propuesta de Anteproyecto de modernización del Derecho de obligaciones y contratos: “Son nulas las exclusiones o limitaciones de responsabilidad procedente del dolo”.

⁵¹ Así, en Francia, cuya jurisprudencia reputa “no escrita” la cláusula que, al exonerar de toda sanción al incumplimiento de una obligación esencial, quiebra la coherencia interna al contrato, diluyendo hasta tal punto el objeto de la obligación del deudor que priva de causa a la prestación recíproca del acreedor (véanse, entre otras, Cass. com., 22.10.1996 (Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (en adelante, Bull.) 1996 IV, n° 261, p. 223); Cass. ch. mixte, 22.4.2005 (dos sentencias) (Bull. 2005 mixte, n° 3, p. 9; n° 4, p. 10); Cass. comm., 13.6.2006 (Bull. 2006 IV, n° 143, p. 152). Sobre la evolución de tal jurisprudencia, puede verse MAZEAUD (2008, pp. 1776 a 1782). Véase, asimismo, el artículo 1382-2 apartado primero del Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción.

⁵² “Son presuntamente abusivas las cláusulas que tengan por objeto o efecto: a) excluir o limitar los derechos del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional...”

precontractual (considerando 48) o a la naturaleza del servicio prestado (artículo 32.2). En tal contexto, no será de extrañar que el consumidor reniegue de su cualidad en búsqueda del amparo del derecho común, huyendo de la aplicación de un derecho supuestamente protector que se vuelve contra él.

La disfunción descrita se acentúa en relación a las cláusulas no negociadas que, ausentes de una u otra lista, buscan eludir una regla nacional imperativa, como tal inderogable por voluntad de las partes. Piénsese, p. e., en la cláusula por la que el profesional sujeta la ejecución de la prestación debida a una condición cuya realización depende exclusivamente de su voluntad – que, recogida en la letra c) del Anexo de la directiva, ha sido inexplicablemente excluida de los anexos de la propuesta-. Si, en ordenamientos como el español, tal cláusula es incuestionablemente nula a la luz de los artículos 1115 y 1256 del Código civil – tiñendo de invalidez la entera obligación -, el modelo operativo de la propuesta obligará al juez a valorarla a la luz de la definición general, sin que juegue siquiera la presunción de su carácter abusivo, con el consecuente traslado de la carga de la prueba al consumidor⁵³.

Nuevamente se constata una eventual pérdida de derechos en aras de una armonización que, en definitiva, no será completa mientras el contexto normativo en que haya de valorarse la cláusula no esté unificado, diversificando los criterios de tal apreciación y los efectos últimos de su eventual invalidez.

4. Las consecuencias jurídicas del carácter abusivo de una cláusula

De modo semejante al artículo 6.1 de la directiva, el artículo 37 de la proposición establece que las cláusulas abusivas “*no vinculan al consumidor*”, manteniendo una terminología deliberadamente técnica que deja a los Estados la elección de la categoría de ineficacia negocial en que ha de concretarse la falta de carácter vinculante de la cláusula abusiva. Del mismo modo, el silencio guardado por la norma comunitaria en torno a la integración del contenido del contrato, que seguirá “*vinculando a las partes si puede mantenerse en vigor sin las cláusulas abusivas*” deja a los Estados la determinación del modo en que aquella ha de producirse, dando así entrada a soluciones divergentes, al no existir entre los Estados un derecho privado unificado. La indefinición caracteriza también al inciso final del precepto, en cuanto exceptúa la obligatoriedad del contrato en los supuestos en que éste no pueda subsistir sin las cláusulas ineficaces, sin fijar los criterios determinantes de tal imposibilidad de subsistencia.

Conforme al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, la operatividad de la sanción de *no vinculación* en el proceso (sea por vía de acción o excepción) seguirá en cada uno de ellos el régimen que su normativa interna establezca para la categoría de ineficacia escogida en la transposición de la propuesta. Mas, por encima de toda diversidad –y matizando severamente aquel principio, que no puede convertirse en un obstáculo al ejercicio de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario, en términos de efectividad y equivalencia-, el TJCE se

⁵³ Véase WHITTAKER (2009, p. 1154).

ha pronunciado sobre dos aspectos capitales en la articulación procesal de la ineficacia de una cláusula contractual, en una jurisprudencia indubitadamente orientada a reforzar la posición del consumidor individual en el proceso⁵⁴. De una parte, ha sancionado que, en el ámbito de la directiva, el juez debe examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello⁵⁵. De otra, ha declarado que se opone a la directiva la normativa interna que establezca un límite temporal al ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor, de modo que su preclusión impida al juez nacional declarar, de oficio o en virtud de excepción, el carácter abusivo de una cláusula⁵⁶.

Las aportaciones del Tribunal de Luxemburgo en torno a la acción/excepción de ineficacia contribuyen sin duda a reforzar la posición del consumidor individual en el proceso, pero siguen siendo insuficientes para incentivarle a litigar. La complicación y lentitud de la justicia y, sobre todo, su coste, ejercen un obvio efecto disuasivo sobre el consumidor que, la mayor parte de las veces, se abstiene de actuar. Por tal razón, más allá del control *incidental* o *curativo*, que priva de eficacia a la cláusula inserta en un contrato singular ya concluido entre un consumidor y un

⁵⁴ Sobre la incidencia de tal jurisprudencia en el principio de “autonomía procesal” de los Estados miembros, véase VAN HUFFEL (2003, pp. 79 a 105); CARBALLO FIDALGO (2009).

⁵⁵ STJCE, 27.6. 2000. Asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, *Grupo Océano Editorial S.A./Rocío Murciano Quintero y Salvat Editores S.A./José M. Sánchez Alcón Prades y otros* (MP: P. Jann, Ab. Gen.: A. Saggio); STJCE (Sala 1ª), 26.10.2006. Asunto C-168/05, *Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium, S.L.* (MP: J.N. Cunha Rodrigues, Ab. Gen.: A. Tizzano); STJCE (Sala 4ª), 4.6.2009. Asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Györfi* (MP: R. Silva de Lapuerta, Ab. Gen.: V. Trstenjak); STJCE (Sala 1ª), 6.10.2009. Asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones, S.L./Cristina Rodríguez Nogueira*, (MP: A. Tizzano, Ab. gen.: V. Trstenjak). La primera de estas sentencias sienta una doctrina que se reiterará en las posteriores: El sistema de protección establecido por la directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en capacidad de negociación como nivel de información, situación que le lleva a adherirse a condiciones sobre cuyo contenido no ha podido influir. En este contexto, la norma comunitaria obliga a los Estados miembros a evitar que aquellas consideradas abusivas vinculen al consumidor, objetivo difícilmente alcanzable si no se atribuye al juez la facultad de apreciar de oficio la nulidad de tales cláusulas, compeliendo al consumidor a plantearla por sí mismo. La situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse con una intervención positiva, ajena a las partes del contrato que, en el ámbito de la acción individual, ha de venir dada por la actuación del juez. Es, en definitiva, preciso considerar que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva –impedir que el consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva– como para atender al mandato contenido en su artículo 7, al tratarse de un medio “adecuado y eficaz” para que cese el uso de cláusulas abusivas, dado el efecto disuasorio que puede ejercer sobre los profesionales (apartados 25 a 28). Sobre la sentencia, véase PAISANT y Marta CARBALLO FIDALGO (2001, pp. 768 a 772). Sobre su repercusión en el derecho español interno, véase CARBALLO FIDALGO (2006, pp. 2629 a 2637).

⁵⁶ STJCE (Sala 5ª), 21.11.2002. Asunto C-473/00, *Cofidis S.A./Jean Louis Fredout* (MP: P. Jann, Ab. gen.: A. Tizzano). Véase PAISANT (2003). Como apunta el autor, la corte sanciona la imprescriptibilidad de la excepción de ineficacia de la cláusula abusiva opuesta por el consumidor demandado, así como de la facultad de su apreciación de oficio por el juez. Pero, en sus términos abiertos, deja sin resolver una cuestión sin duda relevante: ¿atenta a la efectividad del derecho comunitario la sujeción a un plazo de ejercicio de la acción entablada por el consumidor con el objeto de que sea declarada la ineficacia de una cláusula no negociada e inserta en un contrato celebrado con el profesional demandado? La respuesta negativa a tal cuestión se desprende de los considerandos 41 a 46 de la citada STJCE (Sala 1ª), 6.10.2009. Asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*.

profesional determinados, la eliminación de las cláusulas abusivas en la contratación de consumidores exige la implantación de sistemas de control *abstracto* o *preventivo*, destinados a erradicar del tráfico jurídico condiciones generales injustas, con independencia de su efectiva inclusión en contratos singulares. A esta demanda respondió el artículo 7 de la directiva de 1993 cuando, con redacción mejorable, compelió a los Estados miembros a incluir, entre los medios *adecuados y eficaces* en la lucha contra la utilización de cláusulas abusivas, “*disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas*” (párrafo 2). La libertad concedida a los Estados miembros en la articulación de los recursos de *tutela preventiva* no conoce en el ámbito de la directiva más que dos límites, estrictamente interpretados por el TJCE: su necesaria procedencia contra la mera *recomendación* de utilización de cláusulas contractuales de carácter abusivo, abstracción hecha de su utilización efectiva (artículo 7.3)⁵⁷ y la inaplicación en su seno de la conocida regla de interpretación *contra proferentem*⁵⁸. A ellos se ha venido a añadir en el año 1998 el principio de reconocimiento mutuo entre entidades habilitadas y asociaciones autorizadas por los Estados miembros para entablar acciones de cesación, objeto central de la Directiva 98/27/CE, de 19 de marzo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los consumidores⁵⁹, cuyo sentido como norma de intervención mínima es mantenido por la Directiva 2009/22/CE, de 23 de abril de 2009⁶⁰, dirigida exclusivamente a consolidar en un solo texto las sucesivas ampliaciones del ámbito de aplicación material de la primera.

⁵⁷ Véase, STJCE (Sala 5ª), 24.1.2002. Asunto C-372/99, *Comisión/República Italiana* (MP: P. Jann, Ab. Gen.: S. Alber), donde la Corte afronta la interpretación del artículo 7.3 de la directiva, para analizar la adaptación a sus principios informadores de las normas de transposición de la directiva al ordenamiento jurídico italiano. Para el Tribunal, el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de las acciones previstas en el artículo 7.2 de la Directiva, así como su independencia con respecto a cualquier litigio individual concreto, implican que tales acciones han de poder ejercerse aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados, sino que hayan sido únicamente recomendadas por los profesionales o sus asociaciones. De ello se desprende que el artículo 7.3 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que exige el establecimiento de procedimientos que puedan dirigirse asimismo contra los comportamientos que se limiten a recomendar la utilización de cláusulas contractuales de carácter abusivo. En tal sentido, incumple los fines de la Directiva la regulación dada a la acción de cesación por el entonces artículo 1469 sexies del Código civil italiano, en cuanto limitaba la legitimación pasiva de la acción a los profesionales o asociaciones de profesionales que efectivamente utilizasen cláusulas contractuales generales, restringiendo así los efectos preventivos del procedimiento de prohibición previsto en el artículo 7. Sobre la sentencia, puede verse PALMIERI (2002, pp. 233 a 241); CANCELLA (2002, pp. 318 a 326); RAYNARD (2002, pp. 391 a 394).

⁵⁸ Véase la citada STJCE (Sala 1ª), 9.9.2004. Asunto C-70/03, *Comisión/España* (MP: P. Jann, Ab. Gen.: L. A. Geelhoed), donde se juzga la incorrecta adaptación al derecho español del artículo 5 de la directiva.

⁵⁹ Diario Oficial L 166, 11.6.1998. Un estudio de su situación en los distintos países puede verse en TWIGG-FLESNER (2007, pp. 673 a 709).

⁶⁰ Diario Oficial L 110, 1.5.2009.

A partir de este *minimun* vinculante, la libertad reconocida a los Estados se ha traducido en el desarrollo de mecanismos (esencialmente judiciales) divergentes que, genéricamente, se han delatado *poco eficientes*⁶¹. El coste de los procesos, su complejidad, duración, la inexistencia en muchos Estados de previsión alguna en torno a la posible indemnización de los consumidores afectados y el escaso impacto de las decisiones, derivado de sus límites subjetivos y objetivos, son razones que explican el escaso éxito de las acciones de cesación en Europa, y aun el directo *fracaso* del sistema en relación a las acciones transfronterizas⁶².

El panorama descrito en nada se ve alterado por la propuesta de directiva, que se limita en este extremo a reproducir en su artículo 38 el tenor prácticamente literal del artículo 7 de la directiva vigente, consolidando los problemas de eficiencia delatados. Quizás la renuncia del legislador comunitario a *integrar* la Directiva 98/27/CEE en el mini-sistema que instaura en la propuesta justifique la omisión de medidas que indudablemente reforzarían la eficacia de la tutela colectiva de los consumidores: la previsión de gratuidad o reducción de las costas para las entidades representativas de los consumidores, la instauración de procedimientos de urgencia, la difusión de las cláusulas declaradas abusivas por los tribunales – que ejerza al menos un efecto disuasorio sobre profesionales distintos al demandado que utilicen cláusulas idénticas-, la extensión de la eficacia de las decisiones a cláusulas de efectos similares a las enjuiciadas, cualquiera que sea su formulación, o la introducción de vías para la obtención de una compensación adecuada por los consumidores⁶³.

El continuismo apuntado no debe conducir sin embargo al desaliento. De una parte, la propia propuesta, en su capítulo VI (*Disposiciones generales*) conmina a los Estados miembros a establecer un régimen de sanciones “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*” aplicables en caso de infracción de las disposiciones nacionales adoptadas en su transposición (artículo 42). En su amplitud, la expresión comprende tanto sanciones de naturaleza civil (*astreintes*) como penal o administrativa, cuya amenaza puede constituir un arma *letal* en la lucha por la eliminación de los clausulados abusivos⁶⁴. De otra, el propósito de potenciar la tutela colectiva es la razón de ser del Libro verde sobre recurso colectivo de los consumidores que, en su ánimo de facilitar la compensación económica de los consumidores afectados, apunta la conveniencia de introducir una acción *de*

⁶¹ Véase el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 98/27/CE del Parlamento y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, Bruselas, 18.11.2008, COM (2008) 756 final, pp. 6 a 9.

⁶² Acciones cuya eficacia puede verse reforzada con la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 2006/2004, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (Diario Oficial L 364, 9.12.2004), que intensifica la comunicación entre las autoridades responsables de la protección de consumidores al permitir que la autoridad competente de un Estado miembro interponga, a solicitud de las de otro, las acciones pertinentes en su propia jurisdicción.

⁶³ Sobre estas medidas, véase CALAIS-AULOY (1999, pp. 200 a 210); Libro Verde de la Comisión sobre recurso colectivo de los consumidores, 27.11.2008 (COM (2008) 794 final), pp. 6 y 14 a 16.

⁶⁴ Sobre el alcance de las sanciones civiles *efectivas, proporcionadas y disuasorias* en el ámbito del derecho comunitario antidiscriminatorio puede verse Paz GARCÍA RUBIO (2007, pp. 140 a 166).

grupo que permita, preferentemente a entidades públicas y entidades habilitadas, unir a la pretensión de cesación de la actividad ilícita (así, el uso o recomendación de cláusulas abusivas) la petición de reparación de los daños derivados de aquélla⁶⁵.

5. Bibliografía

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (1991), *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2002), "Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación", en Aurelio MÉNEDEZ MENÉNDEZ, Luis DíEZ-PICAZO (Directores), Jesús AlfarO ÁGUILA-REAL (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, pp. 75 a 93.

Rafael ARENAS GARCÍA (1999), "Comentario al artículo 4", en Ignacio ARROYO MARTÍNEZ y Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Tecnos, Madrid.

Ludovic BERNADEAU (2001), La notion de consommateur en droit communautaire (à la suite de l'arrêt de la C.J.C.E. du 22 novembre 2002, *Idealservice*, aff. Jointes C-541/99 et C-542/99) », *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2001, pp. 353 a 358.

Dominique BLANC (2008), "Droit européen des contrats: un processus en voie de dilution?", *Dalloz*, 2008, n° 9, pp. 564 a 569.

Jean CALAIS-AULOY (1999), « L'assainissement du marché : le mécanisme de contrôle des clauses abusives (Art.7) », en *La intégration de la directive 93/13 dans les systèmes législatifs nationaux. Atelier 5*, pp. 200 a 210 (Trabajos de la Conferencia organizada por la Comisión Europea *The Directive on « Unfair Terms », five years later - Evaluation and future perspectives*, 1 a 3 de julio de 1999). Disponible en : http://ec.europa.eu/consumers/rights/gen_rights_en.htm (última consulta el 21 de enero de 2010).

Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ (2006), *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 9ª ed.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2006), *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato: ¿incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Aranzadi, Pamplona.

Francesco Antonino CANCELLA (2002), "La tutela dei consumatori: brevi note sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia", *Il Foro Italiano*, n° 6 - 2002, IV, pp. 318 a 326

⁶⁵ Sobre los problemas que plantea la adopción de un sistema de tutela colectiva, véase CARBALLO PIÑEIRO (2009, pp. 75 a 83 y 86 a 88). Agradezco a esta autora su ayuda constante.

Marta CARBALLO FIDALGO (2006), "El control de oficio de la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores", *Actualidad Civil*, 2006, nº 22, pp. 2629 a 2637.

Marta CARBALLO FIDALGO (2009), "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores", en Thierry BOURGOIGNIE (Director), *Intégration économique régionale et la protection du consommateur*, Éditions Yvon Blais, Cowansville (Québec).

Laura CARBALLO PIÑEIRO (2009), *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Colección De Conflictu Legum, Santiago de Compostela.

Ángel CARRASCO PERERA (2006), "Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores", *Nul: Estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2006 (Especial Coloquio) Disponible en: <http://www.unizar.es/derecho/nulidad/coloquio/> (última consulta el 21 de enero de 2010).

Martin EBERS (2007), "Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13)" en HANS SCHULTE-NÖLKE (Director), *Compendium CE de Droit de la consommation. Analyse comparative*, abril 2007, pp. 385 a 487. Disponible en : http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_fr_final.pdf (última consulta el 21 de enero de 2010).

María Paz GARCÍA RUBIO (2001), "Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Derecho privado y Constitución*, Año 15, nº 21, enero-diciembre 2007, pp. 131 a 166.

María Paz GARCÍA RUBIO (2001), "La absoluta invalidez del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales", en José Antonio GÓMEZ SEGADÉ *et al.* (Coordinadores), *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, pp. 325 a 337.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (2000), "Comentario a la Disposición adicional primera. Dos: Art. 10.1 a) y b) LGDCU", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Pamplona, pp. 669 a 683.

Francisco J. INFANTE RUIZ (2008), "Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo", *InDret* 2/2008 (http://www.indret.com/pdf/534_es.pdf) (última consulta el 21 de enero de 2010).

Eva María KIENINGER (2009), "Die Vollharmonisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen -eine Utopie?", *Rabels Zeitschrift*, Vol. 73, 2009, pp. 783 a 817.

Denis MAZEAUD (2008), "Clauses limitatives de réparation: les quatre saisons", *Dalloz*, 2008, n° 26, pp. 1776-1782.

Hans MICKLITZ (1999), "Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur (article 5) », en *La intégration de la directive 93/13 dans les systèmes législatifs nationaux. Atelier 4*, pp. 170 a 188 (Trabajos de la Conferencia organizada por la Comisión Europea *The Directive on « Unfair Terms »*, five years later - *Evaluation and future perspectives*, 1 a 3 de julio de 1999). Disponible en : http://ec.europa.eu/consumers/rights/gen_rights_en.htm (última consulta el 21 de enero de 2010).

José María MIQUEL (2002), "Comentario a la Disposición Adicional primera. Tres" en Aurelio MÉNENDEZ MENÉNDEZ, Luis Díez-PICAZO (Directores), Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, pp. 893 a 964.

Javier PAGADOR LÓPEZ (1999), *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid.

Alessandro PALMIERI (2002), "Trasposizione della direttiva sulle clausole abusive e "statutory format": una strada obbligata per la tutela del consumatore europeo?", *Il Foro Italiano*, n° 5-2002, Parte IV, pp. 233 a 241.

Alessandro PALMIERI (2002), "Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Sentenza 7 maggio 2002", *Il Foro Italiano*, n° 6-2002, Parte IV, pp. 289 a 293.

Gilles PAISANT (2003), «La réglementation française ne peut pas empêcher le juge de relever le caractère abusif des clauses qui lui sont soumises à l'expiration du délai de forclusion », *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n° 21, 21 mai 2003, II 10082.

Gilles PAISANT (2009a), "Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? », *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n° 9, 25 février 2009, I 118, pp. 11 a 16.

Gilles PAISANT, (2009b) "Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives", *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n° 28, 6 juillet 2009, Étude, pp. 48 a 56.

Gilles PAISANT y Marta CARBALLO FIDALGO (2001), "Première interprétation par la CJCE de la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives. Note à l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 27 juin 2000", *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n° 15-16, 11 avril 2001, II, 10 513, pp. 768 à 772.

Francisco PERTIÑEZ VILCHEZ (2004), *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Pamplona.

Thomas PFEIFFER (2008), "Non-Negotiated Terms", en Reiner SCHULZE (Editor), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, pp. 177 a 185.

Ghislain POISSONNIER, (2009), "La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur. Note sous CJCE 4 juin 2009», *Dalloz*, 2009, n° 34, pp. 2312 a 2315.

Jacques RAYNARD (2002), "Droit européen des contrats, directive 93/13/CEE relative aux clauses abusives: de la place modeste de la jurisprudence, en l'occurrence mal fixée, dans le processus de transposition du droit communautaire (CJCE 24 janvier 2002, aff. C-372/99)", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2002, n° 2, pp. 391 a 394

Judith ROCHFELD (2009a), "La communautarisation des sources du droit. De l'harmonisation maximale", *Revue des contrats*, 2009/1, pp. 11 a 17.

Judith ROCHFELD (2009b), Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne », *Dalloz*, 2009, n° 30, pp. 2047 a 2052.

Almeno DE SÁ (1999), *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, Almedina, Coimbra.

Christian TWIGG-FLESNER (2007), "Directive relative aux actions aux cessation (98/27) » en Hans SCHULTE-NÖLKE (Director), *Compendium CE de Droit de la consommation. Analyse comparative*, avril 2007, pp. 673 a 709. Disponible en:
http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_fr_final.pdf (última consulta el 21 de enero de 2010).

Michel VAN HUFFEL (2003), "La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts *Océano*, *Heininger* et *Cofidis* de la Cour de Justice », *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2/2003, pp. 79 a 105.

Simon WHITTAKER (2009), "Clauses abusives et garanties des consommateurs: la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de « l'harmonisation complète »", *Dalloz*, 2009, n° 17, p. 1154.