

## **La protección europea contra las cláusulas abusivas. Directiva 93/13/CEE y su integración en el marco regulatorio español.**

European protection against unfair clauses. Directive 93/13/EEC and its integration into the spanish legislation.

Juan Bautista Calero Olmo<sup>1</sup>

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA (UNED)

[jbcolmo@gmail.com](mailto:jbcolmo@gmail.com)

Recepción: 23/04/2020 Revisión: 19/06/2020 Aceptación: 23/06/2020 Publicación: 20/07/2020

### **Resumen**

El desarrollo económico global de los años sesenta del siglo pasado, junto con la implantación del mercado común europeo, trajo consigo el incremento de transacciones comerciales entre grandes corporaciones empresariales y los ciudadanos residentes en la Unión europea provocadas por la distribución de bienes y servicios necesarios. Las formas contractuales cambian, y se imponen los contratos de adhesión como la mejor manera de concretar estas nuevas transacciones. La posición predominante del empresario ante el consumidor necesitado de estos bienes y servicios provocó situaciones de abuso que fueron trasladadas a las cláusulas contractuales mermando los derechos básicos de los perceptores de bienes y servicios, esto es, de los ciudadanos europeos. La reacción de las instituciones de gobierno de la Unión Europea no se hizo esperar con la promulgación de resoluciones legales a favor de recomponer el desequilibrio contractual, entre otras, la Directiva 93/13/CEE de obligada incorporación inmediata en los países miembros. En España, esta trasposición de la Directiva se realizó con una doble regulación a través de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que modificó, a su vez la Ley General de defensa de los consumidores. En ambas,

---

<sup>1</sup> Licenciado en CC. EE. Y Empresariales- Universidad Pontificia de Comillas. Licenciado en Derecho-Universidad Nacional de Educación a Distancia. Master Comercio Exterior-Universidad de Córdoba. Master Derecho Procesal Civil-UNED. Especialista Universitario Auditoría de Cuentas-Universidad de Córdoba. Línea Investigación: Las cláusulas abusivas y su control preventivo a través del Registro Condiciones Generales de la Contratación. Tercer Curso Doctorado-Universidad Nacional de Educación a Distancia.

se contemplaron instrumentos de defensa procesal a través tanto de acciones individuales como colectivas.

**Palabras clave:** política de protección de los consumidores, cláusula abusiva, condición general de la contratación, directiva, acción individual, acción colectiva.

### Abstract

The overall economic development of the sixties of the last century, together with the implementation of the European common market, led to the increase in commercial transactions between large business corporations and citizens residing in the European Union caused by the distribution of necessary goods and services. Contractual forms change, and accession contracts are imposed as the best way to implement these new transactions. The predominant position of the employer to the consumer in need of these goods and services caused situations of abuse that were transferred to the contractual clauses, under reducing the basic rights of the recipients of goods and services, that is, of European citizens. The reaction of the governing institutions of the European Union was not expected with the enactment of legal rulings in favour of recomposing the contractual imbalance, inter alia, Directive 93/13/EEC which must be immediately incorporated into the Member States. In Spain, this transposition of the Directive was carried out with a double regulation through the Law on General Conditions of Contract that, in turn, amended the General Law on the Defense of Consumers. Both instruments of procedural defence were envisaged through both individual and collective actions.

**Keywords:** consumer protection policy, unfair clause, general condition of recruitment, directive. individual action, collective action.

### Sumario

1. Rasgos generales sobre la evolución de la política de protección de los consumidores en la Europa Común.
2. La Directiva 93/13/CEE contra la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
  - 2.1. Antecedentes programáticos.
  - 2.2. El proceso de gestación de la directiva.
    - 2.2.1. Relaciones de consume en un nuevo Mercado.
    - 2.2.2. Consumidor que actuaba con otros parámetros espaciales.
    - 2.2.3. Propuesta de la comisión y crítica del comité económico y social.

### 2.2.3.1. Propuesta de la Comisión

3. La Directiva 93/13/CEE como opción regulatoria de protección.
4. Propósito y ámbito de aplicación de la directiva 93/13/CEE.
5. Tradiciones jurídicas europeas y métodos de trasposición de la directiva.
  - 5.1. Método de trasposición de la directive.
  - 5.2. Ámbito de protección subjetiva.
  - 5.3. Sistema jurídico/ administrativo para evitar la utilización de las cláusulas abusivas.
  - 5.4. Conclusiones.
6. Aspectos concretos de la trasposición de la directiva 93/13/CEE al ordenamiento español.
7. La doble regulación de protección ante las condiciones generales y las cláusulas abusivas en la legislación española.
  - 7.1. Diferencia de conceptos
  - 7.2. Régimen de control y nulidad de las condiciones generales de la contratación.
  - 7.3. La regulación de las dos acciones individuales. Nulidad y no incorporación de las condiciones generales de la contratación.
  - 7.4. Las acciones colectivas en la ley de condiciones generales de la contratación: cesación, retractación y declarative de condiciones generales.
  - 7.5. Acción de nulidad como presupuesto previo al ejercicio de las acciones colectivas reguladas en la ley cgc.
  - 7.6. Regulación del regimen especial de protección del consumidor. Título ii del libro primero del rdl. 1/2007 texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.
8. El future de la protección de los consumidores en la Unión Europea. Mercado Único Digital y la Reforma de la Directiva 93/13/CEE.
9. Bibliografía.

## **1. RASGOS GENERALES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA EUROPA COMÚN.**

La evolución temporal del derecho de protección de los intereses económicos de los consumidores en Europa está directamente relacionada con la implantación de distintos programas europeos que configurarán los rasgos generales de la política común en este ámbito.

La idea de conformar la Comunidad Europea no conlleva, en sus orígenes, una incorporación de los derechos de los consumidores en los tratados que iban germinando y es

la influencia de los EE. UU., después de la segunda guerra mundial, la que pone en valor, por primera vez, el concepto de consumidor que se introduce en los países europeos con una intervención mínima en los órganos de cada estado.

La protección de los intereses económicos aparece como uno de los derechos programáticos que se definen en el primer programa o programa preliminar de la Comunidad Económica Europea (CEE) para una política de protección e información de los consumidores del año 1975.

El nuevo contexto de mercado europeo va imponiendo la gran distribución y la forma de compra en masa donde aparecen las primeras cláusulas no negociadas incorporadas en los contratos de adhesión como condiciones generales de la contratación.

Las primeras regulaciones de los organismos legislativos de la comunidad se plantean bajo el principio "intervención mínima" e intentan armonizar un derecho desconocido para algunos de los estados miembros.

En los primeros ochenta se gira hacia una toma de conciencia del "papel social" de consumidor y empiezan a tenerse en cuenta sus puntos de vista en las decisiones políticas de consumo.

El consumidor toma conciencia colectiva y aparecen las primeras asociaciones en defensa de los intereses grupales que buscan su reconocimiento y legitimación legal y ya se promulgan las primeras directivas europeas sobre los derechos del ciudadano europeo como consumidor.

Se dan los primeros intentos de armonización legislativa, pero bajo el principio de subsidiaridad e intervención mínima dejando a cada estado el desarrollo de la legislación más adecuada.

Se introduce por primera vez el término "consumidor más desfavorecido". Término que evolucionará con el tiempo a "consumidor vulnerable" y que tendrá una especial protección en muchos de los textos regulatorios de ámbito nacional.

A mediados de los ochenta, con la promulgación del tercer programa relativo a la orientación futura de la política de la CEE para la protección y fomento de los intereses de los consumidores, se constata el fracaso de las políticas de consumo de la CEE.

La necesidad del desarrollo del mercado único de forma armoniosa, con expansión continuada y la acelerada elevación del nivel de vida de los ciudadanos europeos, choca frontalmente tanto con la gobernanza rígida de la Comunidad impuesta por los Estados Miembros, como con la pretensión de una armonización legislativa vertical donde los propios estados son los responsables de su política de consumo.

La constatación de este fracaso hace que se dé una nueva orientación al término “política” de protección de los consumidores, ahora integrada con el resto de las políticas de la comunidad y único objetivo conseguir, en su plenitud, el mercado único interior.

Las asociaciones de consumidores comienzan a ingresar en las organizaciones internacionales europeas como el Comité Económico y Social.

El cambio de década, con los años noventa, comienza una segunda fase general programática. El tratado de Maastricht introduce una visión colectiva de Europa y exige, a su vez, una armonización legislativa y, aunque el principio de subsidiariedad debe mantenerse, ahora la protección europea de consumo debe tener una transversalidad horizontal al tener que contar con el consumidor en la elaboración y avances de las políticas de consumo.

Se van abandonando los programas con objetivos generales para incorporar planes de acción que ya señalan prioridades concretas, entre otras, y en lo que nos interesa es en este momento, comienzan los trabajos para fomentar la directiva contra las cláusulas abusivas.

El segundo plan trienal, como más significativo, se promulga para los años 1993-1995, y no sólo se definen las políticas concretas, sino también resultados determinados en base a las orientaciones de consolidación del acervo comunitario con acciones selectivas entre las que destaco la publicación del libro verde de acceso de los consumidores a la justicia y la Directiva contra las cláusulas abusivas 93/13/CEE.

Aunque someramente, es interesante señalar el núcleo de análisis y conclusiones al que llega este libro verde con el problema de la aplicación de una justicia general para todos los consumidores europeos porque mientras que los flujos comerciales se allanaron, éstos no iban acompañados de otras medidas que debían haberse desarrollado para obtener, en paralelo, un mercado único en un espacio judicial único, esto es, el desarrollo de un derecho armonizado que resuelva los litigios transfronterizos de consumo.

A finales de los noventa, los cambios tecnológicos, la ampliación del mercado único hacia el Este y la implantación de la moneda única con la creación del euromercado, obliga a abordar otras cuestiones de consumo para la siguiente década.

A primeros de los dos mil, con la madurez del mercado único, se abre una tercera fase general de protección del consumidor influenciada por el resto de las políticas comunitarias.

Se propone un cuarto plan trienal que incluye, por primera vez, una previsión presupuestaria para obtener los objetivos y, a su vez, además, se legisla por reglamento de obligado cumplimiento por los Estados.

En esta etapa, la protección de los intereses económicos de los consumidores toma especial importancia con la puesta en marcha de varias iniciativas, entre éstas, la elaboración de encuestas sobre sectores de especial sensibilidad como banca y seguros que demostraron el bajo nivel de confianza que les tenían los consumidores, lo que, a su vez, desembocó en acuerdos particulares negociados directamente entre estos sectores y las asociaciones de consumidores relativos a una mejor información precontractual con el nacimiento de la “ficha europea de información normalizada” que en España se hace obligatoria por aplicación de la Ley 5/2019 de 15 de Marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

También destaco la elaboración de la base de datos CLAB de jurisprudencia europea sobre cláusulas abusivas emitidas por los juzgados de los estados miembros con el fin de facilitar a la Comisión un mejor seguimiento en la aplicación judicial de la Directiva 93/13/CEE y dotar a los estados miembros de una cierta uniformidad jurisprudencial. Resalto la importancia de esta base de datos sobre la que podría haberse desarrollado un sistema cautelar y de información sobre las distintas sentencias y otras decisiones en relación con las cláusulas abusivas, lo que hubiera facilitado un sistema de control parecido a la pretensión

que tiene el Registro de las condiciones generales de la contratación en España, y de lo que podemos decir fue su antecedente.<sup>2 3</sup>

Esta madurez del mercado único, junto con la introducción del euro, la ampliación hacia el este y la imposición de las transacciones electrónicas, provocó una nueva reflexión en la Unión que quedó reflejada en el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la UE y que va a parar a asentar la seguridad jurídica con la creación de un marco regulatorio europeo que garantice, con una simplificación de las normas existentes aplicables a los conflictos surgidos de las relaciones comerciales transfronterizas, una colaboración entre países, creando una red de autoridades públicas con competencias suficientes para hacer cumplir la legislación europea pertinente.

En el año dos mil dos, se publica una nueva estrategia cuatrienal en materia de política de consumidores donde ya se dan las nuevas variables anunciadas en planes anteriores, el euro con la creación de la eurozona, la ampliación con la aportación de más de setenta y cinco millones de consumidores e internet con la transformación de las relaciones comerciales.

Ahora, los objetivos genéricos se plantean a medio plazo, pero con un seguimiento a corto mediante documentos de trabajo de revisión y adaptación periódica e incluyendo una lista de acciones calendadas por objetivo que, a su vez, sirvan para sacar conclusiones para el futuro.

Estos objetivos se mantienen en un alto nivel de protección del consumidor, desarrollo del marco de cooperación jurídica y administrativa y una mayor participación de las asociaciones de consumidores.

Este nuevo nivel de protección implica una revisión del derecho comunitario vigente en el área del derecho contractual de consumo, abriéndose a los mecanismos extrajudiciales

---

<sup>2</sup> Realicé consulta sobre la vigencia de este registro al Centro de Contacto Europe Direct, 00 800 6 7 8 9 10 11 Europedirect.europa.eu, con número de referencia 101000465171.y con fecha 7 de junio de 2019 recibiendo la siguiente contestación: Hemos consultado a la Dirección General de Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea. Informamos que la base de datos CLAB ya no es accesible. Europe Direct - Fecha: 7 jun. 2019 16:35.

<sup>3</sup> El informe de 2000 al Consejo y el Parlamento Europeo sobre la puesta en práctica de la Directiva 93/13/CEE destaca la peculiaridad de la creación en España de Registro de las condiciones generales de la contratación.

de solución de conflictos como herramienta común a la solución de los conflictos transfronterizos y el fomento del diálogo particular entre empresas y consumidores para buscar el equilibrio de intereses con la autorregulación y corregulación.

El penúltimo programa en vigor, 2007-2013, se atreve con la búsqueda de la uniformidad máxima legislativa en este ámbito de protección en toda la unión europea, y la firma de acuerdos con los países que integran el espacio económico europeo.

Es interesante destacar el desarrollo de acciones encaminadas a la realización de un inventario de las legislaciones, normativas y prácticas existentes en los Estados Miembros con la pretensión de armonizar, en una regulación europea, el mejor ataque contra las prácticas comerciales desleales.

La protección de los consumidores debe ser integrada en el resto de las políticas comunitarias, pero ahora, para su desarrollo, hay que definir el plano financiero.

El programa en vigor 2014-2020 utiliza, de nuevo, un instrumento de obligado cumplimiento como es el reglamento que dota a la legislación europea sobre consumo de un articulado mínimo para todos los Estados y, además, se concilia dotación presupuestaria con objetivos, atendándose las demandas de uniformidad mínima legislativa que hacen los distintos organismos de consulta de la Unión Europea.

Esta legislación mínima y uniforme permite afrontar relaciones económicas de la Unión Europea tanto con países dentro del espacio único europeo como con terceros, porque ahora no es el consumidor el eje de la política de protección, sino la potenciación de un mercado único por medio de un consumidor informado y con protección uniforme que hace valer sus derechos en un entorno seguro.

Objetivos con acciones acompañadas de financiación concreta que aborden los nuevos retos sociales como son la complejidad en la toma de decisiones, modelos de consumo más sostenible, creciente digitalización de la información y la gestión del término “vulnerable” que acompaña a los consumidores en entornos de exclusión social y envejecimiento poblacional.

Como conclusión de la evolución de la política de protección de los consumidores en la Europa, la podríamos resumir en los siguientes cuatro puntos:

El desarrollo del mercado europeo, con las primeras etapas de gran distribución y forma de compra en masa, van conformando el término consumidor, el que adquiere conciencia de su papel social en los años ochenta con la toma en cuenta de sus puntos de vista en las políticas de consumo.

La armonización legislativa comienza a ser un problema y empieza a ser relevante con el desarrollo del mercado interior y la aparición de los conflictos transfronterizos.

El mercado único debe afrontar nuevos retos con la aparición del euro, los cambios tecnológicos y la ampliación de la comunidad hacia el este, lo que obliga a los órganos de gobierno de la comunidad a abandonar las declaraciones programáticas y definir mejor los objetivos sustantivos con una visión dinámica de revisión a corto plazo y una dotación presupuestaria que haga posible su consecución a través de los instrumentos adecuados, entre otros, formación, confección de estadísticas para analizar evolución, asociación, regulación de derechos, sanciones administrativas y reparación de daños etc.

Dentro de estos objetivos, destacamos la protección de los intereses económicos del consumidor con el desarrollo de las asociaciones de consumidores, ataque a las prácticas abusivas y una legislación simple y de obligado cumplimiento donde las soluciones a los conflictos vengán por tres vías: judicial, intermediación y acuerdos particulares de actuación.

## **2. LA DIRECTIVA 93/13/CEE CONTRA LA UTILIZACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES.**

### **2.1. Antecedentes programáticos**

El denominado como Cuarto programa comunitario de consumo, y su desarrollo con el primer plan trienal de acción sobre política de protección del consumidor, introdujo el término de protección efectiva de los intereses económicos del consumidor dentro de un nuevo espacio único con reglas no uniformes y donde las relaciones comerciales de consumo se daban bajo posiciones de abuso de mercado que había que armonizar y eliminar.

Las soluciones planteadas en este contexto descompensado, armonización de reglas de actuación y control legal de las posiciones de abuso, debían abarcar al consumidor, tanto como individuo o como colectivo ciudadano, desprotegido que actuaba dentro de una relación bilateral de consumo ante grandes distribuidores de bienes y servicios esenciales que, además, trascendían sus fronteras nacionales.

El desarrollo de una nueva forma de contrato mediante la introducción de condiciones generales no negociadas individualmente para asegurar la gran distribución de bienes y

servicios generó, además, relaciones contractuales donde el consenso venía ya impuesto por una de las partes.

La imposición de estas cláusulas predeterminadas y no negociadas provocaron posiciones de abuso y la reacción pública ante la necesaria protección efectiva del consumidor. Tres fueron las líneas de actuación prioritarias:

1. Mejorar la representación y participación de los consumidores a través de sus asociaciones y creando un Consejo Consultivo de Consumidores.
2. Facilitar el acceso de los consumidores a una justicia nacional y comunitaria con la regulación de las acciones colectivas, resolución de conflictos nacionales y transfronterizos con soluciones tanto judiciales como extrajudiciales y
3. Facilitar los trabajos para fomentar la propuesta de una Directiva sobre cláusulas abusivas.

La idea de la Unión Europea y la aprobación del primer tratado internacional o *tratado de Maastricht* firmado el 7 de febrero de 1992 conllevaba una visión colectiva de Europa que exigía, en relación con la política de protección de los consumidores, una armonización legislativa para conseguir esa protección efectiva de los consumidores.

El consumidor, de aquí en adelante, toma un papel protagonista a la hora de elaborar y aplicar los avances en la política de consumo en coordinación con el resto de las políticas europeas.

Se impone el principio de transversalidad horizontal a la hora de elaborar la normativa de protección del consumidor que, necesariamente, debe estar ahora en coordinación con el resto de las políticas comunitarias.

La elaboración de las nuevas regulaciones de protección por parte de la Unión Europea con unos principios mínimos y subordinada a la norma nacional debe ser complementada con este principio de transversalidad horizontal.

El segundo plan trienal de acción en favor de los consumidores.1993-1995 da el paso, estableciendo políticas comunitarias concretas, para poner “realmente” el mercado interior al servicio de los consumidores europeos con la aspiración de llegar a resultados concretos en base a dos orientaciones:

1. Consolidación “del acervo legislativo comunitario” como un verdadero derecho comunitario de consumo, vigilando su transposición y aplicación interna para que se pueda ejercer plenamente.
2. Priorizar acciones selectivas destinadas a aumentar el nivel de protección de los consumidores como son:

- a) Incrementar la información sobre los derechos del consumidor europeo con publicación de guías prácticas, creación de centros transfronterizos de información de los consumidores y el apoyo a las asociaciones de consumidores en sus acciones de formación.
- b) Incrementar y ampliar la concertación de organizaciones representativas de los intereses de los consumidores y de las empresas y sus representantes.
- c) Favorecer el acceso a la Justicia y el arreglo de los litigios con la publicación del libro verde el 16 de noviembre de 1993 en esta materia.
- d) Adaptar los servicios financieros a las necesidades de los consumidores.

## **2.2. El proceso de gestación de la directiva.**

### **2.2.1. Relaciones de consumo en un nuevo mercado.**

Se avecinaba, por tanto, un mercado único sin fronteras interiores garantizado por un tratado europeo que iba a ser suscrito por todos los miembros de la futura Unión Europea.

No solamente se actuaba sin barreras arancelarias internas en el trasiego de mercancías, sino que además, cualquier europeo de cualquier sitio se podía convertir en consumidor residente de un estado nacional pero protegido por leyes no aplicables en ese estado, y no solamente pisando suelo nuevo, sino también moviendo capitales, contratando servicios ... desde cualquier sitio a cualquier sitio como oferente o demandante de servicios básicos regulados por relaciones privadas donde la componente de abuso contractual se daba en mayor o menor medida en función de sólo legislaciones internas no homogeneizadas.

### **2.2.2. Consumidor que actuaba con otros parámetros espaciales.**

El nuevo consumidor europeo no tenía experiencia de consumo fuera del espacio natural de su estado de residencia y, por tanto, desconocía las reglas y formas de actuación como pueden ser la ley, costumbre y cultura de consumo de otros estados, lo que le impedía los movimientos de ida y vuelta de personas, mercancías y capitales, mermando el desarrollo global del mercado único europeo.

La estandarización legal debía ayudar a poner el mínimo denominador de actuación desde diferentes estados y bajar a términos de mayor igualdad la relación contractual entre oferente con posición de mercado preeminente y el consumidor ordinario y necesitado del bien o servicio.

La eliminación de estas posiciones contractuales abusivas era principal para la igualdad jurídica transfronteriza.

### 2.2.3. Propuesta de la Comisión y Crítica del Comité Económico y Social.

#### 2.2.3.1. Propuesta de la Comisión

El 28 de septiembre de 1990 se publica, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, una propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores presentada por la Comisión el 24 de julio de 1990.<sup>4</sup>

Los considerandos de la propuesta hacen advertencia de la necesidad de adoptar medidas preparatorias para la implantación del mercado único y, consecuentemente, trabajar con legislación armonizada a través de disposiciones legales y reglamentarias que conformen, también, un Derecho común de la unión. Las cláusulas contractuales abusivas no quedaron fuera de esta consideración propositiva

Esta propuesta de Directiva apunta a un determinado ámbito de actuación, y se refiere a los contratos en general de compra de bienes y contratación de servicios en los que la posición del consumidor sea débil y pueda ser vulnerada fácilmente por el poder de negociación del vendedor; en especial menciona los contratos de adhesión y aquellos en los que se den una exclusión abusiva de los derechos esenciales de comprador.

Como principios rectores en la política de protección de consumidor, esta propuesta de Directiva también se plantea con carácter subsidiario a otras leyes en vigor que hubiera en los estados miembros, pero de incorporación obligada con unos mínimos que deben ser alcanzados por todos los países comunitarios, los que deben prohibir este tipo de cláusulas o arbitrar los procedimientos, procesales o administrativos, necesarios para declararlas nulas.

En el desarrollo de la propuesta, que se concreta en siete artículos, se anticipan algunos de los principios rectores de la Directiva definitiva como son:

La definición de cláusula abusiva: 1) debe ser considerada dentro del contexto del mismo contrato o de otro del cual dependa. 2) provoque desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes contratantes. 3) ejecución indebida del contrato, desfavorable o significativamente diferente a aquella que el consumidor podría “legítimamente esperar”. 4) exigencia del principio de “buena fe” a la hora de contratar.

---

<sup>4</sup> N° C 243/2 Diario Oficial de las Comunidades Europeas 28. 9. 90. Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. COM (90) 322 final — SYN 285. (90/C 243/02).

Se incorpora una lista negra de carácter no cerrado sobre determinados tipos de cláusulas que no pueden utilizarse en los contratos celebrados con consumidores.

Definición de la figura del “consumidor” como aquel, empresario o particular, pero persona física, que realice las transacciones reguladas por la Directiva con “un propósito que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial, industrial o profesional”, o sea, sólo los consumidores así definidos son los beneficiarios de la especial protección.

Ya anticipa, en su artículo 4.2, la legitimación de las organizaciones de consumidores para el emprendimiento de acciones legales contra las cláusulas abusivas, aunque no se refiere expresamente sólo a las acciones colectivas.

### *2.2.3.2. dictamen del consejo económico y social (ces) sobre la propuesta de directiva.<sup>5</sup>*

El dictamen del CES al que es sometido la propuesta de Directiva realiza una serie de observaciones generales a las cuestiones planteadas en sus siete artículos y que se refieren al objeto, límite de aplicación, eficacia de la norma, ámbito de aplicación, mejora de redacción y listado de cláusulas abusivas.

En relación con el objetivo, el CES señala que la futura norma debe estar alejada de una regulación común de los derechos contractuales interiores. La autonomía en la interpretación normativa interna que se hace en cada Tribunal nacional puede llevar a que una misma norma puede ser aplicada de distinta manera en cada Estado.

En relación con los límites de aplicación, el CES, también llama la atención sobre la compatibilidad de la norma con otros instrumentos regulatorios y en vigor aplicables a los contratos transfronterizos, en concreto el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, y otras limitaciones similares reguladas en el Convenio de Bruselas de 1968.

La eficacia de la norma se aborda por el CES con propuestas tales como, que las autoridades nacionales de los Estados miembros establezcan sistemas que posibiliten la notificación a la Comisión para identificar los sectores donde se manifieste frecuente diversidad de interpretación en la aplicación, además, se destaca la necesidad de implantar procedimientos de control eficaces con la obligación de imponer a los Estados un sistema sancionador que desestime la utilización de este tipo de cláusulas.

En el mismo ámbito de la eficacia en la aplicación de la norma, el CES destaca el papel esencial que debe desempeñar el Tribunal de Justicia de la Comunidad a la hora de clarificar el sentido de la norma conforme al derecho regulado en la Directiva.

---

<sup>5</sup> 41/C 153/13. P.34.

Cuando el CES se refiere al ámbito de aplicación de la Directiva, propone que la conformidad o no conformidad de una cláusula contractual será determinada con referencia a las circunstancias que la acompañen en el momento en que se celebre el contrato, y en particular teniendo en cuenta las cláusulas contractuales negociadas individualmente, y ampliar el ámbito subjetivo, con independencia de que el adherente sea o no un consumidor, y de esta manera dar cobertura a las Pyme y a los intermediarios comerciales frente a los importadores o productores.

En relación con la redacción sugiere una mejor atención a la hora de promulgar la directiva definitiva para garantizar su conformidad con los principios legales y asegurar un equilibrio general de los contratos. También recalca el enfoque negativo que se da con la prohibición de la utilización de las cláusulas abusivas sin dar prioridad al carácter preventivo derivado de la información precontractual incorporada en algunos ordenamientos nacionales.

Especial hincapié hace el CES a que la propuesta presentada no expone de forma explícita el vínculo entre su contenido y las legislaciones nacionales. No deja bien claro si debe tratarse de una norma de principios mínimos y subordinada a la norma nacional que brinde una protección superior, y tampoco, se hace mención alguna a la relación de esta norma con otros instrumentos legislativos europeos que regulan cláusulas contractuales.

Y, por último, en relación con la confección de la lista de cláusulas abusivas incorporada en la Directiva, el CES realiza una serie de recomendaciones como declarar el anexo como no exhaustivo y absoluto en el sentido de no excluir el carácter abusivo de ninguna cláusula que esté ya incorporada, una redacción más sistemática y revisar algunas nociones con dificultades de interpretación.

El 5 de abril de 1993, se promulga la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, la que en sus dos primeros considerandos señala que, en primer lugar, el mercado único interior implica un mercado sin fronteras con libre circulación de bienes, servicios y capitales y, en segundo, que las legislaciones interiores de los estados relativas a las cláusulas de los contratos son muy dispares lo que puede producir distorsiones en la competencia entre los propios estados.

### **3.LA DIRECTIVA 93/13/CEE COMO OPCIÓN REGULATORIA DE PROTECCIÓN.**

Las declaraciones programáticas de protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas, hasta la fecha de la promulgación de la Directiva, iban en la dirección de ponerse frente a los contratos privados que regulaban las grandes ofertas de bienes y servicios básicos, en especial, aquellos que utilizaban cláusulas generales en los llamados contratos de adhesión, donde, en muchos casos, esas condiciones generales que se imponían al consumidor excluían, de forma abusiva, algunos de sus derechos esenciales.

La Directiva 93/13/CEE concretó un marco legislativo contra este tipo de contratos, intentando una regulación europea que tuviera como fin ser una disposición legal armonizada a nivel comunitario y sólo en referencia a los contratos celebrados por consumidores y profesionales, quedando excluidos, básicamente, en primer lugar, las posibles cláusulas abusivas incorporadas en contratos laborales y otros del ámbito civil donde no existía un consumo directo de bien o servicio, y, en segundo, las cláusulas imperativas que provinieran de disposiciones legales o convenios internacionales suscritos por los estados o la propia comunidad.

La autonomía regulatoria de los Estados y su responsabilidad en mantener las garantías mínimas de funcionamiento del mercado europeo, condicionó el nacimiento de la Directiva bajo los principios de armonización parcial y de mínimos, en el sentido de salvaguardar los derechos comunes derivados del derecho de la Unión pero no haciendo imposible la aplicación del derecho del Estado Miembro si de éste se deducía una mayor protección.<sup>6</sup>

Armonización parcial, en el sentido de sólo sobre aquellas cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente bajo el principio de buena fe contractual que vienen dados por la propia Directiva en su considerando 16 refiriéndose a la consideración judicial que debe darse en cada caso concreto, en el sentido de “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; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”.

Y ámbito de aplicación de la Directiva bajo el principio de subsidiariedad y armonización de mínimos que se contempla en el artículo 8 de la Directiva, y posterior añadido 8 bis, dejando a los estados la posibilidad de subir el nivel de protección con regulaciones más estrictas pero condicionadas a la obligación de incorporar ciertos principios de derecho común.

Estos principios de derecho común comunitario se concretaron en: 1) prevalecer la interpretación más favorable al consumidor. 2) redacción clara y comprensible para el consumidor. 3) las cláusulas declaradas abusivas no obligarán al consumidor, pero manteniendo el carácter integral del contrato. 4) la legislación europea como obligación de ley aplicable al contrato y dotando a los órganos judiciales y autoridades administrativas de los medios necesarios para el control y eliminación de las cláusulas abusivas.

---

<sup>6</sup> La información sobre las disposiciones nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE está disponible en la base de datos de legislación sobre el consumo, a la que se puede acceder a través del portal: <https://ejustice.europa.eu/directivePartsTableOfContents.do?idTaxonomy=628&plang=es&init=true>.

Otras, también de mínimos, en relación con la regulación expresa de los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales con la incorporación de una lista orientativa de cláusulas declaradas abusivas que pueden ser desarrolladas por cada estado y, por último, la legitimación de las asociaciones de consumidores para la defensa de los intereses generales de los consumidores.

Este esfuerzo de armonización se confirma posteriormente con la promulgación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE incorporando un nuevo artículo 8bis que relaciona el desarrollo del derecho nacional vigilando los mínimos marcados por ésta.

Este nuevo artículo 8Bis obliga a los Estados a notificar las normas nacionales que amplían el ámbito de aplicación de la Directiva y, en particular, en relación con las listas “negras” de cláusulas abusivas y lo referente a las cláusulas negociadas individualmente o las concernientes a la adecuación del precio o de la remuneración.<sup>7</sup> Además, la Comisión se autoimpone un papel “policial” sobre el tratamiento de esta información para los consumidores y al resto de los Estados miembros.

Los ejes centrales de la Directiva son, por tanto, la definición mínima del carácter abusivo de una cláusula contractual con una exigencia de transparencia para las cláusulas no negociadas individualmente, dejando a los Estados miembros su reflejo en la normativa al caso y a los Tribunales de estos Estados su aplicación e interpretación de las circunstancias de cada contrato bajo el paraguas de interpretación general del Tribunal Europeo de Justicia.

La complejidad de esta armonización se ha intentado resolver a través de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el camino de las cuestiones prejudiciales tanto interpretando la propia Directiva como las normas nacionales que se adaptan a la efectiva protección contra estas cláusulas abusivas. Las sentencias emanadas de estas cuestiones prejudiciales cumplen con este objetivo.

El 27 de septiembre del año 2019, el diario oficial de la Unión Europea publicó una Comunicación de la Comisión sobre las directrices de interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con

---

<sup>7</sup> Información disponible en la página web de la DG Justicia y Consumidores: [https://archieftc01.archiefweb.eu/archives/archiefweb/20171125145225/http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_rights/rights-contracts/directive/notifications/index\\_en.htm#HR](https://archieftc01.archiefweb.eu/archives/archiefweb/20171125145225/http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/rights-contracts/directive/notifications/index_en.htm#HR).

los consumidores<sup>8</sup> que en su anexo I lista los asuntos más importantes que se han dirimido por el TJUE a este al respecto.

Esta Comunicación de la Comisión ahonda en el papel de los Tribunales nacionales en el proceso de armonización de las resoluciones judiciales en todas las fases y tipos de procedimientos relacionados con la Directiva, lo que, en ausencia de una armonización de las normas procesales, señalan la responsabilidad de éstos en la protección eficaz de los consumidores derivada del Derecho de la Unión cumpliendo lo que se han llamado “principios de equivalencia y efectividad”.

El primero, principio de equivalencia, hace referencia a que las normas procesales dictadas por el Derecho del Estado Miembro no deben ser menos favorables que sus equivalentes dictadas por el Derecho de la Unión, y el segundo, principio de efectividad, con relación a que las normas nacionales no hagan “virtualmente imposible” la aplicación del Derecho de la Unión.

#### **4. PROPÓSITO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE**

Como decíamos más arriba, esta Directiva se redacta con el objetivo y propósito principal de ser un instrumento que, dentro del mercado interior, considerado como espacio económico común europeo, logre la equidad en la contratación entre empresas y consumidores protegiendo a estos últimos, como parte más débil, de las cláusulas abusivas.

Aunque el mercado común europeo sea el ámbito territorial natural de aplicación, la Directiva incorpora la posibilidad de que los Estados adopten medidas para que los consumidores no se vean privados de su protección por el hecho de haber elegido el derecho de un tercer Estado como aplicable, si este Estado mantiene estrecha relación con ese u otro Estado miembro de la Comunidad.

Para conseguir este propósito principal, la Directiva se decanta por un instrumento regulatorio que busca una armonización mínima legal de carácter básicamente preventivo.

El sentido armonizador y de base mínima lo expresa en su artículo 1 cuando declara que el propósito de la Directiva es aproximar las legislaciones nacionales contra las cláusulas abusivas exclusivamente en los contratos celebrados dentro del ámbito privado de intercambio de bienes y servicios entre profesionales y consumidores, descartando una regulación común de carácter prioritario sobre las regulaciones nacionales.

---

<sup>8</sup> (2019/C 323/04) Comunicación de la Comisión. Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

El carácter básicamente preventivo, en su artículo 7 como es el de disuadir a los profesionales en la utilización de estas cláusulas contemplado la obligatoriedad para los Estados de incluir, en sus legislaciones nacionales, disposiciones a favor de personas y organizaciones que tengan interés legítimo en la protección de los consumidores para el cese de la aplicación de este tipo de cláusulas.

Aunque este carácter preventivo no complementa la recomendación realizada por el CES de incluir un régimen sancionador o la introducción de un sistema de control previo y obligatorio de entrega al consumidor una eficiente información precontractual.

El ámbito subjetivo de la Directiva queda circunscrito a los consumidores y profesionales con la inclusión de la definición de lo que se considera consumidor y empresario a estos efectos, pero, lo verdaderamente importante, dentro del ámbito de protección subjetivo, es la condición de consumidor pues es éste el que siempre ostenta el papel de parte más débil de la contratación como único y principal enfoque de la protección de la Directiva.

El ámbito general de cobertura de la Directiva es, por tanto, los contratos celebrados con consumidores y sobre las cláusulas no negociadas individualmente, tal cual se dice en el apartado 2 del artículo 3, si pese a las exigencias de la buena fe, producen un desequilibrio importante en los derechos de una de las partes, el consumidor.

Esta consideración subjetiva y restrictiva de la condición de consumidor, es previa a cualquier otra y no implica una exclusión de defensa para los no consumidores ante las cláusulas no negociadas individualmente que incumplan los requisitos de buena fe contractual y produzcan un desequilibrio, pero, en su caso, las normas aplicables serán los generales de nulidad de los contratos en la regulación general civil o en las leyes especiales.

En este punto, es interesante hacer un breve recopilatorio y ver cómo se trata esta definición del concepto “consumidor” desde las primeras propuestas comunitarias contra las cláusulas abusivas hasta la incorporación en nuestra legislación, pues sólo en aplicación del principio “pro consumatore” se puede cerrar la total y especial protección de esta Directiva a favor de los consumidores.

El 28 de septiembre de 1990 se publica, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, la Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores presentada por la Comisión el 24 de julio de 1990 mencionada ya a lo largo de este texto.

En ésta se hace una definición restrictiva del término consumidor<sup>9</sup>, persona física (particular o empresario) y actividad ajena, considerando que las relaciones comerciales entre personas jurídicas o aquellas que el propósito del objeto del contrato no sea ajeno a la actividad comercial, industrial o profesional, se entablan en igualdad de condiciones entre contratantes.

Y de esta forma se traslada a la Directiva definitiva 93/13/CE haciendo caso omiso a la consideración que hace el dictamen del CES de que se prohíban todas las cláusulas abusivas en todos los contratos con independencia de que se celebren con consumidores o no para no dejar fuera a las Pyme e intermediarios importadores y productores; como tampoco, de manera explícita, aunque sí en otras recomendaciones posteriores<sup>10</sup>, no se ocupa de la relación precontractual y preventiva de desequilibrios entre sujetos contratantes de los contratos de adhesión antes de proceder a la firma.

La trasposición de la Directiva 93/13/CEE a la legislación española en el Texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGCU), Artículo 3<sup>11</sup>, amplía el ámbito restrictivo de aplicación a las personas jurídicas, pero circunscribiendo su actuación al objeto del contrato ajeno o no a una actividad empresarial o profesional. Opción reguladora que, como hemos comprobado más arriba, y ratificado por la reciente STS núm. 465/2018 del 19/07/2018<sup>12</sup>, ninguna Directiva europea de consumo contempla dentro de su ámbito de aplicación.

---

<sup>9</sup> Artículo 2. 3. Se entenderá por «consumidor» una persona física que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe con un propósito que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial, industrial o profesional.

<sup>10</sup> Recomendación de la Comisión relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda. C (2001) 477 final.

<sup>11</sup> Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

<sup>12</sup> STS. Sala de lo Civil núm. 465/2018 de fecha 19/07/2018. "SEXTO. -..., lo niega por razones subjetivas, por considerar que los demandantes no son consumidores. «A tal fin se ha de estar a la doctrina recientemente fijada por la sentencia de Pleno número 16/2017, de 16 de enero: 6 JURISPRUDENCIA «El artículo 1.5 de la derogada Ley 42/1998 (precepto equivalente al nuevo art. 23.5 de la vigente Ley) se limitaba a delimitar el concepto de transmitente pero no definía al adquirente. Por el contrario, el art. 2 de la Directiva 94/47/CE sí contenía una definición de adquirente, que acercaba tal concepto al de consumidor (lo que ha quedado claro en la Directiva 2008/122/CE, que en su propia rúbrica hace mención a los consumidores), al decir que, a los efectos de la Directiva, se entenderá por: »"adquirente": toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos

Tras la reforma del TRLGCU por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, el artículo 3 redefine el concepto general de consumidor o usuario <sup>13</sup>e introduce un segundo ámbito restrictivo de aplicación a las personas jurídicas, pero circunscribiendo su actuación al objeto del contrato ajeno a una actividad empresarial o profesional y siempre que actúan sin ánimo de lucro.

El texto refundido de la Ley de protección de los consumidores y usuarios entiende el concepto de ánimo de lucro, no en el sentido de obtener un beneficio esporádico con la realización de la de la actividad ajena a su objeto empresarial, sino que el límite lo marca la

---

en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato». »A su vez, el art. 2.1 f) de la Directiva 2008/122/CE , sobre contratos de aprovechamiento por turno, contiene la siguiente definición: »"consumidor": toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión». ». 3.- Según el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLGCU), en su redacción vigente cuando se firmó el contrato litigioso, «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». » Este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», con ligeras variantes de redacción entre ellas. »En cuanto a las Directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLGCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas a la «persona física» (ninguna Directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito) que actúe con un fin o propósito «ajeno a su actividad comercial o profesional» (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a) o «a su actividad económica, negocio o profesión» (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e) o a «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a). Mención esta última que, como ya hemos visto, es la misma que utiliza en su art. 2.f la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, que sustituyó a la Directiva 94/47/CE.» En otras normas internacionales o comunitarias, que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su art. 15.1 para «contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiese considerarse ajeno a su actividad profesional». Concepto que reitera el art. 17.1 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ha sustituido al anterior. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su art. 6 los «contratos de consumo», entendidos como los celebrados «por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ("el consumidor") con otra persona ("el profesional") que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional».

<sup>13</sup> «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

Ley en la regularidad con que se actúe dado que “la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art.1.1º CCom.”.

Criterio acogido por nuestro Tribunal Supremo y me remito, de nuevo, a la STS 465/2018 como última de otras anteriores, que hace extensiva esta habitualidad tanto al contrato principal como a otros anexos, por ejemplo, de garantía o fianza, siempre que este tercero a la relación principal actúe, también, con un propósito ajeno a su actividad y no mantenga vínculos funcionales con el adherente del contrato principal.

## **5. TRADICIONES JURÍDICAS EUROPEAS Y MÉTODOS DE TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA.**

### **5.1. Método de trasposición de la Directiva.**

Sobre el método utilizado para llevar a cabo la trasposición de cualquier norma europea al derecho interno de los países miembros, no existe una norma uniforme en la Unión Europea. El propio Tratado de la Comunidad Europea en su artículo 189 disponía que "La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios".

Los Estados miembros, que no mantenían una regulación concreta contra la utilización de posibles cláusulas abusivas, y siendo consecuentes con sus tradiciones jurídicas, optaron, básicamente, por tres métodos: 1.- Trasposición literal de la Directiva. Opción Reino Unido. 2.- Modificación del código civil existente y posterior desarrollo en una Ley más concreta. Opción Italiana. y 3.- Elaboración de una Ley especial que desarrolle un aspecto normativo pendiente que es aprovechado para incorporar, de una forma específica, la directiva con distintos recursos adicionales de modificación de otras leyes generales que se vean afectadas. Opción Española.

Italia, es un ejemplo claro de cómo la normativa a favor de los consumidores empieza a tomar forma por la evolución e implantación de derechos generales europeos, en el sentido de nuevos derechos mínimos, que van imponiéndose a todos los ciudadanos de la CEE, optando por una regulación codificada, aunque separada, entre los derechos de los consumidores y el derecho común.

La figura del “consumidor” es desconocida hasta los años ochenta y consecuencia de la incorporación de alguna Directiva comunitaria de protección de la salud del consumidor<sup>14</sup>.

En el campo de la regulación contractual, y en concreto en el de las cláusulas abusivas, por una cuestión de ámbito de aplicación en su propio ordenamiento<sup>15</sup>, modificó su Código Civil con la incorporación de los artículos 1469 y ss. que contenían las normas generales sobre la tutela del consumidor con respecto a este tipo de cláusulas.

Modificaciones necesarias para, posteriormente, el 22 de Julio de 2005 aprobar, por parte de su Consejo de Ministros, el Código de Consumo <sup>16</sup> como único Texto donde se han fusionado las diferentes normativas italianas y comunitaria, entre las que se encuentra la 93/13/CEE.

Este Código nace con la intención y doble característica, de simplificación y coordinación autónoma del derecho de los consumidores, pero, que, a su vez, regula otras materias mercantiles relacionadas con el comercio en general. Este carácter de coordinación autónoma se solventa con la remisión expresa por parte del propio código, a otras regulaciones específicas sectoriales.

Por su parte, en el Reino Unido<sup>17</sup>, al contrario que Italia, ya se venía aplicando una regulación sobre protección a los consumidores desde 1960, y en concreto sobre cláusulas abusivas se dictó la UCTA en 1977 -- Unfair Contract Terms Act 1977-- que regulaba los contratos restringiendo el significado de sus términos en relación con la renuncia de la responsabilidad por parte del empresario y posterior Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations (UTCCR) de 8 diciembre 1994.

Una nueva Ley -- the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (Statutory Instrument 1999 No. 2083-UTCCR) -- implanta tal cual y en los mismos términos la normativa europea 93/13/CEE generando un problema de coexistencia y superposición normativa que

---

<sup>14</sup> Decreto del presidente de la República de 24 de mayo de 1988 núm. 224, en aplicación de la Directiva CEE 85/374.

<sup>15</sup> La legislación italiana sólo abarcaba los contratos de cesión de bienes o de prestación de servicios.

<sup>16</sup> Modificada la primera propuesta por recomendación de Consiglio di Stato 20 de diciembre de 2004, este Código de Consumo deroga del Código Civil los artículos 1469 y ss y los incorpora, en su capítulo V, a esta única regulación en relación con las cláusulas abusivas.

<sup>17</sup> Es destacable señalar dos cuestiones en relación al common Law, la primera que las fuentes de este derecho difieren dentro de los países que forman las Islas, así no es lo mismo Inglaterra-Gales-Irlanda del norte-Escocia, y la segunda que a diferencia de lo que pasa con la regulación general de los contratos sometidos al derecho común, la mayoría de la regulación del derecho de protección de los consumidores es derecho positivo, esto es, se encuentra regulada en leyes.

se mantiene hasta el año 2015 con la promulgación de una nueva ley – Consumer Rights Act 2015 (CRA 2015) – la que en su capítulo segundo se refiere a cláusulas abusivas.<sup>18</sup>

En España, la figura del consumidor se reconoce por primera vez en nuestra Constitución Española (Art. 51) como un abanico de derechos básicos con la encomienda del desarrollo legislativo ordinario de tales derechos.

Al igual que la legislación italiana, no fue hasta el año 84 cuando se aprueba la Ley General de protección del consumidor, pero como derecho autónomo y sin duda ya influenciado por los marcos jurídicos que se venían desarrollando en la Comunidad Europea.

Al ser la Directiva 93/13/CEE una norma básica de protección de los consumidores tanto frente a condiciones generales o particulares no negociadas individualmente que resulten abusivas, la opción española de incorporación se hace con una Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), modificando, a su vez, el marco general de protección del consumidor constituido por la Ley 26/1984 de 19 de julio para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pretendiendo, así, ampliar el ámbito de protección de la norma comunitaria tratando, por un lado, de distinguir las cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación y, por otro, un sistema dual de doble regulación general de protección de consumidores.

La Ley española, en su primera redacción, tiene una clara influencia de la jurisdicción alemana<sup>19</sup> distinguiendo claramente entre condiciones generales de los contratos y cláusulas abusivas, con especial tratamiento y ámbito propio de regulación en las relaciones comerciales con consumidores y, atendiendo a la regla de mínimos que impone la Directiva, opera un listado de cláusulas abusivas recogido en la Ley General de protección de los consumidores.

Como en el caso italiano, se intenta recopilar lo máximo posible la regulación general de protección de los consumidores, pero en ambos hay una dispersión normativa muy extensa que ha ido naciendo consecuencia de la regulación particular de ciertos sectores, en España, a su vez, acentuado por la configuración de un estado no centralizado con autonomía normativa en este sector.

---

<sup>18</sup> La tradición jurídica del Reino Unido no implanta la nueva normativa derogando la anterior, sino que mantiene marcos legales en vigor configurando un sistema de aplicación complejo. En referencia a la protección de los consumidores, se trata de una especialidad y por lo tanto la ley positiva como fuente de derecho tiene preferencia sobre el derecho común no legislado manteniendo la regla de “common law” sin abolir quedando esta última al margen en caso de conflicto en alguna de estas materias.

<sup>19</sup> La Ley Alemana sobre Condiciones Generales de los contratos (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) del 9 de diciembre de 1976.

Con carácter muy general, podemos, por tanto, señalar dos líneas o tradiciones jurídicas que han convivido en Europa: Derecho codificado de raíz o tradición romana y Common Law o derecho natural de tradición anglosajona. Ambas han influido a la hora de configurar la protección marco ante la introducción de cláusulas abusivas en el ámbito de la contratación privada.

Estas dos formas generales de ver el derecho, positivando en códigos o desarrollando la costumbre a través de la jurisprudencia, fueron los antecedentes y conformaron la base del derecho de protección de los consumidores ante la imposición de este tipo de condiciones contractuales, desarrollando un marco regulatorio en cuatro direcciones distintas: 1.- Aquellos que, históricamente, no tenían una regulación específica del control de las cláusulas abusivas pero sí las incorporaban en su sistema troncal de codificación civil como causa de nulidad o anulabilidad de los contratos; estereotipos concretos de España e Italia. 2.- Regulaciones concretas con el desarrollo de un sistema de protección completo; caso de Alemania y países nórdicos (la "AGB-Gesetz" alemana es de diciembre de 1976); 3.- Regímenes basados en la Common-law que incorporan este derecho tal cual era regulado por la Comunidad Europea como ocurrió Reino Unido. 4.- Caso particular de Portugal con la ley "cláusulas contratuais gerais" que fue publicada en 1985.

## 5.2. Ámbito de protección subjetiva

En este campo, la Directiva 93/13/CEE parece optar por la conciliación de dos modelos generales de protección: 1) Protección de la figura del contratante con carácter general – Modelo Alemán- y 2) Protección del consumidor ante todo tipo de cláusulas abusivas sean o no consideradas condiciones generales de la contratación -Modelo Francés-.

El modelo español se decanta por la protección especial del consumidor y frente a las cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente. La propia consideración de consumidor lo dota de recursos diferentes que al resto de contratantes.

En el derecho del Reino Unido tenemos que ver la evolución de la regulación de este tipo de cláusulas y así en el UCTA de 1977 se regulaban sólo las cláusulas de exención o restricción de responsabilidad negociadas o predispuestas y era aplicable a todo tipo de contratos participara o no un consumidor.

La UTCCR, en cambio, amplió el rango de las cláusulas contractuales a los contratos celebrados por consumidores y empresarios tal como disponía la Directiva 93/13/CEE, quedando excluidas, por la misma trasposición directa de la normativa, las cláusulas referidas a la adecuación entre precio y bienes y servicios y al objeto principal del contrato. La promulgación del Consumer Rights Act 2015 (CRA) se aplica a los contratos denominados por la misma Ley como "contratos de consumo" como aquellos celebrados entre consumidores y proveedores.

Con respecto a la codificación italiana, a través de un “Código de Consumo”, se pretende coordinar todas las leyes italianas referidas al derecho de consumo regulando en un solo texto normativo el sistema de protección del consumidor.

Al ser un solo texto normativo, es en la parte III (Art. 33-310) donde se regula la relación contractual de consumo y en concreto en su título I los contratos de los consumidores en general con la regulación concreta de las cláusulas abusivas antes contenidas en el Código Civil (Art. 1519-bis y ss.). Dentro del ámbito subjetivo, las regulaciones contenidas se refieren tanto a contratos de adhesión como aquellos individuales celebrados por un consumidor como parte más débil en la contratación en base a la hipótesis de desequilibrio contractual.

### **5.3. Sistema jurídico/administrativo para evitar la utilización de las cláusulas abusivas.**

El artículo siete de la Directiva impone la obligación a los Estados miembros que se doten de los medios adecuados para el cese del uso de las cláusulas abusivas.

En términos generales, son dos las opciones adoptadas, la primera con procedimientos judiciales y la segunda con un procedimiento administrativo.

En principio la opción “ganadora”, y por la que inicialmente se decantó la Unión Europea, fue dar una solución judicial a la controversia sobre la interpretación de los términos, la declaración de nulidad y el desarrollo procesal de las acciones de cesación<sup>20</sup> y resarcitorias.

El control administrativo se diferencia y nota más en la tradición asociativa del Reino Unido, en contraposición con España e Italia donde las Asociaciones de Consumidores nacieron con el derecho comunitario el que las dotó de la legitimación necesaria y expresa en los ordenamientos internos para iniciar las acciones propias en defensa de los intereses generales de los consumidores.

En Italia, con debate permanente sobre las diversas categorías de nulidad presentes en su sistema, la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula sólo puede ser invocada por el consumidor, mediante la acción de nulidad de “protección” y por tanto sólo en beneficio de éste<sup>21</sup>, o de oficio por el Juez, manteniéndose “la integración contractual” y el sistema de segunda instancia como recurso apelativo.

En interés de los consumidores en general, el derecho italiano, prevé tanto una acción inhibitoria que pretende anticiparse a futuros contratos con cláusulas abusivas como un

---

<sup>20</sup> Directiva 2009/22/CEE del parlamento europeo y del consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

<sup>21</sup> Italia optó por la ineficacia de la cláusula.

procedimiento de urgencia que va directamente a la apreciación de las condiciones específicas de la acción ejercitada dejando de lado la consideración de medida cautelar.

En el Reino Unido destacamos dos diferencias con respecto a otros sistemas de protección: Conviven la protección judicial con una regulación administrativa.

Por un lado existe un órgano jurisdiccional específico para esta materia como una High Court concreta que dirime sobre estos casos y que cierra una segunda instancia como en Italia o España, y por otro lado, se confieren facultades a la CMA- Autoridad de los Mercados y la Competencia<sup>22</sup> para investigar, y en su caso, solicitar una orden judicial, para prevenir el uso de cláusulas abusivas con facultades para las acciones tomadas sobre el uso de este tipo de cláusulas, y la publicación de guías al respecto. Vemos que hay un peso importante del control administrativo incluyendo la legitimación de esta “Autoridad de Mercados” para iniciar una acción típica de cesación contra el uso futuro de algún tipo de cláusula que haya sido declarada abusiva.

Señalar muy de pasada el peso de las “acciones de clase o class actions” , muy desarrolladas en los países asentados en tradiciones jurídicas basadas en el “common law”, Reino Unido, aunque con mayor desarrollo jurídico en Estados Unidos, del tratamiento de las acciones colectivas de resarcimiento que se dan en los sistemas Italiano y Español donde en los primeros se busca una sentencia de resarcimiento por los daños sufridos por las clase y en los segundos se abre la posibilidad de individualizar, en una segunda fase liquidatoria, la cuantificación del daño lesionado.

En España predomina el procedimiento judicial como control básico y único en la declaración de nulidad de una cláusula contractual por abusiva a través de acciones tanto individuales como colectivas; estas últimas incorporadas en nuestro ordenamiento por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en su artículo 12, permiten que una vez que se reputen nulas pueda iniciarse otras acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa que al igual que el ordenamiento italiano procuran ser la máxima expresión de una medida preventiva en contra de la utilización de condiciones generales de los contratos contrarias a los dispuesto por las leyes imperativas que las declaran nulas.

En el caso de España señalamos dos peculiaridades en el control jurídico de las cláusulas abusivas:

---

<sup>22</sup> Información recogida de la página GOV.UK que recoge una información global sobre los servicios gubernamentales de UK. Es el propio consumidor el que puede informar a la CMA de 1.-prácticas anticompetitivas (por ejemplo, fijación de precios y manipulación de licitaciones), 2.- un mercado que no funciona bien, 3.- términos injustos en un contrato y 4.- cualquier problema relacionado con la mala competencia. La Oficina de Comercio Justo (OFT) fue responsable de proteger los intereses de los consumidores en todo el Reino Unido. Sus responsabilidades han pasado a varias organizaciones diferentes.

La legitimación del Ministerio Público <sup>23</sup> y su papel relevante en nuestra reciente crisis financiera para plantear ante los Tribunales cualquier acción en defensa de los consumidores que mermen los derechos fundamentales que ampara la constitución.

La creación de un registro público <sup>24</sup> con doble función, una con carácter informativo por inscripción generalmente voluntaria, aunque la obligatoriedad se impone para algunos contratos o sectores concretos, mediante depósito de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, y otra con, carácter preventivo, mediante la inscripción obligatoria de ejecutorias de sentencias firmes estimatorias de nulidad, de cesación, de retractación y declarativa.

Por último, aunque no estrictamente podemos considerarlo como control administrativo, es importante tener en cuenta el desarrollo del carácter asociativo en defensa de los consumidores que ha habido en España con expresa legitimación para el emprendimiento de acciones colectivas y la organización pública de estas asociaciones privadas tanto a nivel nacional con el Instituto Nacional de consumo (INC) y otros organismos públicos competentes de administraciones autonómicas y locales.

#### 5.4. Conclusiones

La integración de la Directiva 93/13/CEE no distorsiona el derecho tradicional de los estados analizados. Tanto en España como Italia incorpora nuevos derechos, pero accediendo a sus sistemas jurídicos de la forma tradicional de fuente de derecho: Italia en forma de Código o compendio legal. España como Ley que reordena otras leyes. Reino Unido tal cual emana de la comunidad europea conviviendo con la "Common Law".

Con respecto a la protección subjetiva, predomina la diferenciación entre el concepto de adherente, consumidor o no, como parte más débil del contrato y consumidor, como parte, del contrato celebrado fuera de su actividad ordinaria.

La importancia del control administrativo en el uso de cláusulas abusivas se ha dado con más relevancia en países con sistemas jurídicos de tendencia anglosajona que en los

---

<sup>23</sup> Artículo 11.5 de la LEC 1/2000 establece que "el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios."

<sup>24</sup> Creado por el Art. 11 de la Ley 7/1998 de 13 de Abril sobre Condiciones Generales de la Contratación ( L.C.G.C.) y al amparo del Art. 149.1.6º y 8º de la Constitución Española (C.E.) y disposición adicional segunda de esta misma Ley 7/1998. Desarrollado por el Reglamento R.D. 1828/1999, dentro del Registro de Bienes Muebles-sección 6ª, y a cargo de los registradores de la propiedad y mercantiles utilizando la infraestructura ya existente dispensada por los registros de venta a plazos de bienes muebles.

herederos de los sistemas “codificados”, aunque en estos últimos empiezan a convivir con fuerza los sistemas de control público-privado fuera de la intervención judicial.

## **6. ASPECTOS CONCRETOS DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.**

La Directiva 93/13/CEE, se integró en la legislación española con la aprobación y promulgación de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, la que, a su vez, incorporaba una disposición adicional primera que modificaba la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que propició que apareciera regulado en España el concepto de cláusula abusiva cuando se incorporan condiciones generales en los contratos celebrados con consumidores.

La trasposición de esta Directiva europea, por tanto, se hace “aprovechando” la regulación pendiente de las Condiciones Generales de los Contratos que desde los últimos años setenta del siglo pasado se venía germinado en España.

Este interés por regular las condiciones generales de los contratos comienza en el año 1979 y está claramente influenciado por la Ley Alemana sobre Condiciones Generales de los contratos (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) del 9 de diciembre de 1976. Pero no es hasta la aprobación de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios (LGDCU) cuando, en el año 1987, y de forma más firme, la Comisión General de Codificación presenta un Anteproyecto con la intención de adaptarlo a esta reciente Ley de protección de los consumidores en España, proyecto que se queda en mero borrador sin tomar cuerpo legal.

El 22 de enero de 1997, el Ministerio de Justicia propone un nuevo borrador de anteproyecto de Condiciones Generales de la Contratación con el que ya se pretende dar cumplimiento a la incorporación de la Directiva 93/13/CEE y que conformará el cuerpo definitivo de la futura Ley de Condiciones Generales de la Contratación que se aprobará el 13 de abril como Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación.

En relación con el anteproyecto, éste se presenta en veintitrés artículos agrupados en siete capítulos y precedidos de una exposición de motivos y una memoria justificativa, cerrando con una disposición transitoria, una disposición adicional y cinco disposiciones finales.

El capítulo 1 se confeccionó bajo la rúbrica “Disposiciones Generales” y se incorporaron los seis primeros artículos donde se definen lo que son Condiciones Generales de la Contratación, ámbito territorial de aplicación de la Ley, contratos excluidos, criterios de

incorporación o exclusión contractual de determinadas condiciones generales y las reglas de interpretación.

Los tres artículos siguientes conforman el capítulo segundo y se regulan las condiciones de nulidad de las condiciones generales con distinción de aquellas que son abusivas según la Ley protección de los consumidores vigente en el momento, Ley 26/1984, y por último, la eficacia e integridad del contrato como principio recogido en el artículo 6 de la Directiva.

El tercer capítulo, y como novedad, lo dedica a la regulación del Registro de las Condiciones Generales de la contratación en un único artículo numerado con el 10.

El capítulo IV a la regulación de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales, legitimación activa para ejercerlas, personación de terceros, plazo de prescripción y efecto de la sentencia. En este capítulo se incorporaba un, también novedoso, artículo 12, sobre el recurso voluntario de las partes, previo al inicio de estas acciones colectivas, a recabar un informe no vinculante del registrador a cargo de este nuevo registro de Condiciones Generales de la Contratación sobre la adecuación a esta ley de una determinada condición general.

El quinto se concreta en dos artículos, 20 y 21, sobre la publicidad de las sentencias en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y periódico de mayor circulación de donde radique el Juzgado y, previo mandamiento judicial, en el Registro Condiciones Generales de la contratación.

El Capítulo VI sobre el deber de información que deben ofrecer los funcionarios públicos que intervienen en los contratos (notarios, Corredores de Comercio y Registradores) a los que le son aplicable esta Ley.

El Capítulo VII y último regula el régimen sancionador del Ministerio de Justicia y su potestad sancionadora por la falta de inscripción en el registro de nueva creación de las Condiciones Generales cuando sea obligatoria y de las sentencias favorables sobre acciones de cesación o retractación.

En relación con las disposiciones introducidas en el anteproyecto, sólo hago mención, por su importancia, a la disposición final primera que modifica la Ley de protección de los consumidores en vigor del año 84 añadiéndose un artículo 10 bis y un apartado 9 al artículo 34 como verdadera modificación legislativa que traspone al marco jurídico español la Directiva 93/13/CEE.

## **7. LA DOBLE REGULACIÓN DE PROTECCIÓN ANTE LAS CONDICIONES GENERALES Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.**

### **7.1. Diferencia de conceptos**

Como venimos diciendo, el legislador español adoptó un sistema dual de protección, genérico para regular la protección del adherente ante las condiciones generales de los contratos sin la intervención necesaria de consumidores, y otro más estricto cuando trata el carácter abusivo de determinadas cláusulas si el adherente es un consumidor, aunque éstas no sean consideradas condición general.

Esta doble regulación se concreta con la promulgación de la Ley 28/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación la que, a su vez, introduce una disposición adicional aplicable cuando el adherente es un consumidor, que modificaba la vigente, en su momento, Ley 26/1984 General de Protección de los Consumidores y en vigor según la redacción dada al Capítulo II Libro I del RDL 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.

Ambos conceptos, Condición general de la contratación y cláusula abusiva, van relacionados desde su nacimiento y, si bien, no todas las cláusulas generales incorporadas a un contrato de adhesión pueden tratarse como abusivas sí, en su génesis, parten de unas condiciones que con facilidad las llevan a tratarlas de esta manera y en base a la propia definición que se da en nuestro ordenamiento, Art 1 LCGC, a la condición general como aquella que, entre otras y dentro de su ámbito objetivo, haya sido impuesta por una de las partes con la intención de incorporarlas a una pluralidad de contratos.

Las condiciones Generales incursas en los contratos son, por tanto, cláusulas con unas determinadas características que, pacíficamente, se definen como: 1.- Contractuales o que forman parte del contrato y no se incluyen por imperativo de norma legal. 2.- Predispuesta con independencia de la persona que la redacte sin ser fruto de trato consensual previo. 3.- Impuesta de tal forma que el contrato no se pueda llevar a efecto sin la aceptación de esta. 4.- Redacción general o “modelo” para ser incorporada en una multiplicidad de contratos.

Y aunque sean cláusulas que se someten a una determinada Ley como es la LCGC para hacerlas válidas en una determinada y especial forma de contratar como es la contratación en masa, también es fácilmente defendible que dos de los elementos básicos de ese futuro contrato, como el objeto y la causa, se preconfiguran sólo por una de las partes, predisponente, para hacerlas extensivos a una pluralidad de adherentes cuya formación del consentimiento y expresión de la voluntad ya queda fracturada desde el primer minuto.

La capacidad de negociar, entendida en su definición general como acuerdo coincidente, ya viene viciada por esas cláusulas predisuestas que merman, como indica la famosa STS de 9 de mayo de 2013 (1916/2013), la “conciencia o comprensión” de la carga jurídica y económica del adherente.

Aunque la Ley Española de Condiciones Generales de la Contratación regula sólo las relaciones de ámbito comercial (profesional o empresarial), aquellas cuyo predisponente, ámbito subjetivo (Art. 2 LCLGC), sea necesariamente un profesional, si nos introducimos en el concepto de cláusula abusiva, tanto en términos generales como las referidas a la participación de los consumidores a los que se les otorga la especial protección, vemos que los campos de intersección en las definiciones son difusos y permiten movernos fácilmente entre estos dos conceptos dejando en manos de la Ley o de los jueces la marcación de la frontera.

En términos generales la cláusula abusiva, que puede o no ser condición general, llevada al campo de los consumidores por el Art. 82 del TRLDCU, son aquellas estipulaciones no negociadas individualmente (contratación escrita) y aquellas prácticas no consentidas expresamente (contratación no escrita) que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, una descompensación o desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes.

La ley, con carácter imperativo, dirá qué tipo de cláusulas serán consideradas abusivas con independencia o no de su juego contractual. El Juez, por su parte, deberá analizar en el momento de la presentación del litigio por las partes, como mínimo, las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato, la naturaleza de los servicios y bienes contratados y la configuración general de las obligaciones contractuales del adherente consumidor teniendo en cuenta el resto de las cláusulas del mismo contrato o de otro del que dependa.

Pero la consideración de nulidad de una cláusula se deja ahora mucho más abierta con la exigencia expresa de transparencia que añade la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario<sup>25</sup> <sup>26</sup>, y la obligatoriedad, en aplicación de su artículo 7, de inscripción de

---

<sup>25</sup> Disposición final octava. Modificación del 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. Se añade un nuevo párrafo en el artículo 83 del 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, que queda redactado en los siguientes términos: «Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.»

<sup>26</sup> Disposición final cuarta. Modificación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Uno. Se modifica el apartado 5 del artículo 5, que queda redactado como sigue: «5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las

las condiciones generales utilizadas en estos contratos en el registro de condiciones generales de la contratación.

Los artículos 5 y 7<sup>27</sup> de la LCGC y 80 del TRLDCU son los que referencian las condiciones de transparencia exigidas y en base a los requisitos de concreción, claridad y sencillez. Control de transparencia que se realiza bajo el prisma de la seguridad jurídica de este control extrajudicial de no incorporación aportada por notarios y registradores

Por tanto, podemos concluir que mientras que el concepto de condición general puede teorizarse, no pasa lo mismo con la declaración efectiva de la nulidad de una cláusula abusiva que, por decirlo de alguna manera, es potencial.

## **7.2. Régimen de control y nulidad de las condiciones generales de la contratación.**

La Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación marca un triple control de expulsión de las condiciones generales utilizadas en un contrato. No considerándolas como tales cláusulas contractuales, o declarándolas nulas de pleno derecho si contradicen esta Ley, u otra de carácter imperativo o prohibitivo, en perjuicio del adherente.

El caso de no ser considerada una determinada condición general como cláusula contractual, se contempla en los artículos 5 y 7 que estipulan unos criterios de “entrada y salida” a los efectos generadores de derechos y obligaciones contractuales para el adherente. El artículo 8 se encarga de regular la nulidad plena de una condición general de la contratación.

El artículo 5, como hemos señalado, define los criterios de incorporación para que formen parte del marco contractual a partir del hecho de la existencia de una primera fase precontractual por la que el adherente sea informado expresamente en el caso de los contratos de forma escrita, y justificada suficientemente la existencia de la condición general en los casos de aquellos formalizados por medios no escritos. Y, una segunda, en la que se dé una confirmación del carácter consensual, por parte del adherente, con la firma expresa de la existencia y conocimiento de tales cláusulas.

Criterios de incorporación fácilmente conformados y reforzados con las previsiones del apartado 2 del propio artículo cuando sean elevados a escritura pública.

---

condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.»

<sup>27</sup> La LCGC se refiere al control de incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5 para establecer los requisitos de incorporación; y en el art. 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

Este artículo 5, a partir de la promulgación de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, incorpora, en su apartado 5, una condición de nulidad plena para la incorporación contractual de estas condiciones generales: No podrán ser incorporadas de modo no transparente en perjuicio del adherente.

El artículo 7, a sensu contrario que el artículo 5, expulsa del contrato las cláusulas aplicando los mismos criterios que este, esto es, justificación del conocimiento precontractual o aceptación por escrito por parte del predisponente y transparencia necesaria de la cláusula referida que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles.

En referencia al artículo 8, mientras que en su punto 1 regula la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales según el ámbito subjetivo del artículo 2 de la Ley, el punto segundo introduce en la Ley el carácter de consumidor, regulando, de esta manera, el amparo especial en el caso de ser éstos los adherentes a un contrato que utilice una condición general cuya estipulación pueda ser considerada abusiva tal como se define en el artículo 82 de la Ley de protección a los consumidores.

Los tres artículos mencionados de la LCGC, en correlación con el párrafo segundo del artículo 3.2 segundo de la Directiva 93/13/CEE, el artículo 82.2 del TRLGCU y el punto 2 del artículo 1 de la LCGC se aplicarán a aquellos contratos cuando de la apreciación global de todo su clausulado se concluya que se trata de un contrato de adhesión.

### **7.3. La regulación de las dos acciones individuales. Nulidad y no incorporación de las condiciones generales de la contratación.**

En esta Ley de Condiciones Generales de la Contratación se encuentran plasmadas, muy someramente, tanto una acción individual contra cláusulas generales en su doble vertiente de nulidad de pleno derecho y no incorporación o validez contractual, cuyo régimen aplicable y efectos se dan en los artículos 9 y 10, y las acciones colectivas del capítulo IV de cesación, retractación y declarativa con un también, escueto régimen procesal, que fue derogado, en su mayor parte, por el número 2.15º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> El número 2. 15º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil los siguientes artículos referidos a la regulación del proceso: 1) lo referente a los artículos 14-Competencia material y tramitación del proceso, y su regulación de la acumulación de acciones en el punto segundo y ahora aplicable por el artículo 71.2 de la LEC. 2) Artículo 15-Competencia Territorial que se regularán con los mismos criterios que el artículo 52.1.14º. 3) Artículo 18-Intervención procesal ahora regulado por el artículo 15 de la LEC y que desarrollaremos más adelante con ocasión de las acciones resarcitorias. 4) Artículo 20-Efectos de la sentencia

Tanto el artículo 7 como el 8 de la Ley tienen un régimen aplicable similar, ambos actúan sobre cláusulas ya incorporadas a un contrato y una vez que han sido objeto de utilización efectiva, porque de otra manera no cabría una declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad que se instara por la parte perjudicada de acuerdo con las reglas generales de nulidad de los contratos tal cual se regula en el punto 1 del artículo 9. Por tanto, la legitimación activa la ostenta el adherente, de manera que, si, además, el contrato ha sido celebrado en su calidad como consumidor, le será aplicable el régimen especial de protección que se regula en el TRLGCU y la jurisprudencia que en su entorno se ha ido creando contra la utilización de cláusulas abusivas.

El artículo 9, en su apartado segundo, como el siguiente artículo 10, hablan de la especialidad de la sentencia estimatoria en la que obligatoriamente se decretará, por un lado, la nulidad del contrato si la cláusula declarada nula o no incorporada al contrato afecta a un elemento esencial y, por otro, la eficacia de éste en el caso de que el contrato puede subsistir sin esa cláusula.

En estos dos tipos de acciones individuales, al igual que para las colectivas de cesación del artículo 12 párrafo segundo del punto 2, y aunque no se diga nada en relación con la acumulación con otras accesorias resarcitorias o indemnizatorias, no habría inconveniente en admitirlas basándonos en el artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), no vigente cuando entró en vigor la que estamos comentando de Condiciones Generales de la Contratación.

#### **7.4. Las acciones colectivas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación: cesación, retractación y declarativa de condiciones generales.**

La Ley de Condiciones Generales de la Contratación, como hemos destacado en el epígrafe anterior, regula tres acciones colectivas con relación a los contratos de adhesión que utilicen cláusulas que hayan sido declaradas nulas.

Dos directamente relacionadas con la obtención de condenas de hacer o no hacer personalísimo dirigidas al empresario que utiliza tales cláusulas, y una tercera que consiste en la obtención de una sentencia declarativa para reconocer una cláusula como condición general y poder incluirla en un contrato, ordenando, cuando legalmente proceda según el artículo 11 de la Ley, su inscripción como tal en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación.

---

ahora regulado por el artículo 221 de la LEC y que desarrollaremos más adelante con ocasión de las acciones resarcitorias.

Con la acción colectiva de cesación se pretende obtener una doble condena de eliminación de la cláusula de las condiciones generales del contrato y de abstenerse de utilizarlas en el futuro. Condena de carácter personalísimo señalada por las sentencias del Tribunal Constitucional 148/2016 y 4/2017 pues el efecto de cosa juzgada es sólo contra el demandado.

La acción colectiva de retractación, lo mismo que la de cesación, tiene un carácter personalísimo con el mismo efecto de cosa juzgada sólo contra el demandado, pero en este caso, al contrario que en la acción de cesación, el demandado puede o no coincidir con el predisponente pues el deber de retractarse en su utilización, hacer, o el de abstenerse en su recomendación, no hacer, ha podido ordenarse contra un tercero como, por ejemplo, en el caso de asociaciones empresariales que recomienden un determinado texto ya utilizado, como condición general, por un predisponente.

La no coincidencia de demandado y predisponente en el caso de emprendimiento de una acción de retractación ha sido tenido en cuenta por el artículo 17 de la LCGC a la hora de regular la legitimación pasiva de esta acción, imponiendo la condición, por otra parte lógica, de utilización efectiva por un determinado predisponente, y esto es consecuencia, de otra condición necesaria como es la obtención de una sentencia previa de nulidad de la cláusula para ejercer tanto la acción de cesación como la de retractación, que conlleva, necesariamente, haberlas utilizado en el tráfico jurídico.

En el caso de estas dos acciones, no de la tercera que es meramente declarativa, se regula en el artículo 21 de la L.C.G.C. un régimen de publicidad de las sentencias firmes estimatorias obtenidas y, en paralelo, otro sancionador por incumplimiento en artículo 24 L.C.G.C.

### **7.5. Acción de nulidad como presupuesto previo al ejercicio de las acciones colectivas reguladas en la Ley CGC.**

Lo primero que habría que decir es que las acciones colectivas de cesación y retractación que se regulan en la Ley C.G.C. deben ir precedidas de un pronunciamiento judicial firme de nulidad a favor de un adherente sea este consumidor o no, y mediante un proceso previo e independiente a la acción colectiva o como acción acumulada a ésta.

En el caso de procesos independientes, además, se precisa que la sentencia se haya incumplido, pues las cláusulas nulas, por definición, nunca han existido ni han producido

efecto alguno y carecen, por tanto, de total valor jurídico, por lo que la reiteración de su uso implicaría necesariamente, por parte del predisponente, un incumplimiento de condena.

La sentencia incumplida, si llevara, adicionalmente, un pronunciamiento sobre alguna acción acumulada, entre ellas, resarcitoria o de daños y perjuicios, conformaría un título ejecutivo, según el artículo 517.2. 1º de la LEC, cumplimentado, en el caso de consumidores y usuarios, con los artículos 221 y 519 de la misma Ley, a favor del demandante para emprender las acciones dinerarias correspondientes.

Cabe también señalar que, tanto las acciones de cesación y resarcitorias pueden, a su vez, ser invocadas en el proceso principal de nulidad con carácter preventivo cautelar según el artículo 727.7ª de la LEC, y en todo caso, si se emprendieran posterior al proceso de nulidad, no deberían considerarse acciones autónomas y podrían tratarse como una consecuencia o efecto prejudicial directo de cosa juzgada material dictada en el juicio de nulidad.

Sobre el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de cesación y retractación, éste se regula en el artículo 19 de la LCGC y con carácter general es imprescriptible<sup>29</sup> como no podía ser de otra manera al ir precedido de la acción de nulidad, por esto, en cambio, llama la atención los párrafos siguientes del artículo al declarar que una vez “depositada” la cláusula en el Registro de las condiciones generales de la Contratación, se introduce la especialidad de un plazo de prescripción de 5 años de forma que se penalice la inacción de los adherentes perjudicados o, más bien, la de sus representantes legitimados activamente en el artículo 16 para ejercer estas acciones colectivas.

He destacado el término depósito como acto previo al de inscripción registral, porque la diferencia es radical ya que en el primer caso aún no ha pasado por el control de legalidad del Registrador con respecto a la aplicación de los artículos 5, 7 y 8 de la Ley CGC y, por tanto, con posibilidad de no contar, entre otros, con los efectos de la publicidad registral. Plazo que, aunque sea corto, entre un acto registral y otro, juega en contra del legitimado activo.

Como se viene afirmando, es condición previa la acción de nulidad, y ésta es independiente de la publicidad registral de la condición general y, por tanto, debería tener efectos sobre el plazo de prescripción de la acción colectiva, ya que, si se interpone dentro de los cinco años señalados, se tendría que haber contado con la posibilidad de interrupción de este plazo; Y si la acción de nulidad se presentara una vez pasado este plazo, tampoco debe haber efecto alguno sobre las posibles acciones colectivas porque, si además hubiese prosperado y ya firme, por un lado, implicaría obligatoriamente su asiento en el RCGC

---

<sup>29</sup> Introducido, en su artículo 2. 2º, por el Ley 39/2002 del 28 de octubre de trasposición al ordenamiento jurídico Español de diversas Directivas Comunitarias en materia de protección de los intereses de los Consumidores y Usuarios.

desplegando públicamente su carácter preventivo ante terceros por tratarse de cosa juzgada material. Sobre esa cláusula no cabría interponer acción alguna.

Y, por otro, y en base al artículo 1 y 79 de la Ley hipotecaria, el asiento de la condición general en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (RCGC) habría dejado de surtir sus efectos “ex tunc” y tendría que cancelarse, obligatoriamente, con la declaración de nulidad de la cláusula en cuya virtud se haya hecho. La cancelación de asiento de la condición general lo entendemos de manera figurada en el sentido de que la despojaría por completo de su naturaleza de condición general, porque el RCGC tiene, también, una función de relato histórico sobre la utilización de determinadas condiciones generales de la contratación por parte de un determinado predisponente.

En el supuesto de que la acción de nulidad o de no incorporación se presentara de forma individual y posterior al plazo de prescripción, se mantiene el límite de la prescripción, pero por cinco años más desde la sentencia firme.

En todo caso, y manteniendo lo dicho sobre los efectos de la nulidad sobre la cláusula inscrita, si fuera preceptiva la acción colectiva de cesación o retractación, debería de contar el plazo a partir de la inscripción del mandamiento judicial dirigido por el Letrado de la Administración de Justicia al RCGC para su obligada inscripción según ordena el artículo 22 de la LCGC, porque hasta que no es firme la sentencia, no debería considerarse la inacción de la parte activa y, además, la cláusula no es nula. Tal vez el legislador del año 1998 no podía concebir que los Jueces o letrados de la administración de Justicia incumplieran un precepto legal y no remitir sentencia alguna a este registro.

#### **7.6. Regulación del Régimen Especial de Protección del Consumidor. Título II del Libro Primero del RDL. 1/2007 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.**

Aunque en el título de este apartado siete dábamos a entender que el Legislador Español había optado por una doble regulación a la hora de incorporar la Directiva 93/13/CEE, es conveniente desarrollar esta afirmación para llegar a otra conclusión, porque lo que verdaderamente se da, en el caso de que el adherente sea un consumidor, es una modificación del articulado de la Ley General de Protección de los Consumidores y usuarios, RDL 1/2007, en el Título segundo de su Libro primero donde se concreta el trato especial de protección del que goza el consumidor y se amplía la regulación de nulidad de las cláusulas abusivas a cualquier contrato de adhesión y no sólo cuando se utilizan condiciones generales.

La Ley de incorporación de la Directiva europea o Ley de Condiciones Generales de la Contratación, como ya hemos mencionado, dispone un adicional primero en el que se modifica la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en su artículo 10, posterior 80 y 81 del Texto Refundido, en relación a las cláusulas no negociadas individualmente e introduciendo un artículo 10 bis que se convertirá en los posteriores 82 al 91 del Texto refundido, donde se articulan, en concreto, las cláusulas que,

legalmente y en todo caso, se considerarán abusivas bajo los principios reguladores mínimos expresados en la Directiva 93/13/CEE.

La primera parte de esta disposición adicional, artículo 10, y ahora 80 y 81, se refiere a las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos celebrados con los consumidores.

Con respecto al ámbito subjetivo, se restringe el trato especial que dispensa el TRLGCU a los adherentes consumidores, dejando las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual, como régimen aplicable de protección, cuando se trata de adherentes cualquier persona física o jurídica o profesional fuera del marco de su actividad.

En lo que se corresponde al ámbito objetivo, el texto refundido es un régimen más abierto y riguroso aplicable a todas las cláusulas predispuestas por el empresario en los contratos de adhesión firmados por consumidores sean o no condiciones Generales de la Contratación. Consumidor que también cuenta con la protección de la Ley CGC, principios generales de incorporación de los artículos 5 y 7, reglas de interpretación del artículo 6, Nulidad de las cláusulas abusivas del artículo 8 y control registral y notarial del artículo 23 de la L.C.G.C.

De la misma manera pasa cuando la Ley, hace suya, permítaseme el término, la Directiva 93/13/CEE en su Capítulo II de este Título II definiendo, en su artículo 82, el concepto de cláusulas abusivas trasponiendo literalmente los artículos 3 y 4 de la Directiva, así como los principios ya introducidos en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de Control Registral y notarial e inscripción en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación de las sentencias de nulidad de las cláusulas consideradas nulas, Artículo 84 TRLGCU y su correspondiente artículo 22 LCGC, Nulidad de cláusulas, efectos de la sentencia e integración del contrato en su artículo 83 y su correspondiente 10 LCGC.

Así mismo, y como la Directiva, se añaden, una serie de cláusulas, consideradas nulas per se, que importa literalmente y añade algunas propias en base al principio regulador de incorporación mínima al que hemos hecho referencia en párrafos anteriores.

En relación al listado de cláusulas abusivas es interesante señalar la incorporada por la Ley 5/2019 reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario añadiendo un párrafo al artículo 83 del Texto Refundido en lugar de estipularla dentro de la lista negra en el sentido de “Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho” en línea, de nuevo, con el artículo 8.2 de la LCGC en relación con el ahora artículo 80 apartado a).

## **8. EL FUTURO DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNIÓN EUROPEA. MERCADO ÚNICO DIGITAL Y LA REFORMA DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE.**

El once de abril de 2018, La Comisión Europea redacta un comunicado de prensa sobre “Un nuevo acuerdo para los consumidores: la Comisión refuerza los derechos de los consumidores de la UE y el respeto de dichos derechos” <sup>30</sup>cuyo detonante principal es el escándalo de las emisiones contaminantes de algunos fabricantes automovilísticos en Europa, lo que denotó la fragilidad de los controles para la puesta en práctica de la legislación pro consumidores y en un marco en concreto como es la relación de los consumidores en la actuación de los mercados “on line”.

Los objetivos de esta nueva propuesta de programa van encaminados al refuerzo de los derechos de los consumidores y nuevas condiciones para las empresas que actúan en estos nuevos mercados en línea, reforzando los instrumentos de reclamación colectiva ante la publicidad engañosa y las prácticas comerciales desleales, a través de las asociaciones de consumidores extendiendo la obligatoriedad de poder presentar judicialmente acciones colectivas en todos los países miembros con peculiaridades alejadas de las “class action” Estadounidenses.

Junto a lo anterior, una segunda línea de reforzamiento de las “sanciones efectivas” con carácter uniforme <sup>31</sup>a favor de los Estados sobre los “perjuicios generalizados” por las prácticas abusivas que pudieran afectar a una gran variedad de consumidores europeos.

Los objetivos que se propone este nuevo marco suponen, por un lado, una modernización y control en la aplicación de normas legales existentes, y por otro, medidas no legislativas que complementan las lagunas del conjunto normativo vigente de protección a los consumidores en la Unión Europea en el sentido ya señalado: Medidas correctoras individuales cuando se vean perjudicados por prácticas comerciales desleales.

Mayor transparencia en los mercados “on line” para determinar la identidad de la parte que está celebrando el contrato. Protección ante la cesión de datos personales en servicios digitales gratuitos. Eliminar cargas obsoletas para las empresas ante los cambios tecnológicos).

Dentro del paquete legislativo destacan dos propuestas de Directiva. La primera encaminada a la mejora de las normas de protección de los derechos de los consumidores, prácticas comerciales desleales y cláusulas contractuales abusivas para lo que se propone abordar una modificación de siguientes Directivas: Directiva 93/13/CEE de protección contra

---

<sup>30</sup> Código CELEX: 52018DC0183. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Un nuevo marco para los consumidores.

<sup>31</sup> Tal cual dice el comunicado: “la multa máxima será del 4 % del volumen anual de negocios de la empresa en cada Estado miembro afectado. Los Estados miembros podrán establecer un porcentaje más elevado para estas multas máximas”.

las cláusulas abusivas, Directiva 98/6/CE sobre indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, Directiva 2005/29/CE y Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores.

La segunda, una propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores con el objeto ya señalado en párrafo anterior.

Otras medidas no legislativas en este nuevo marco pretenden reforzar el desarrollo de iniciativas para aplicar las normas de consumo en el mercado único digital como la revisión del Reglamento sobre la cooperación para la protección de los consumidores (CPC)<sup>32</sup> a escala transfronteriza y la coordinación de sanciones administrativas más eficaces contra la lucha de fraudes generalizados

Con carácter más general se propone, asegurar la igualdad de trato para los consumidores en el mercado único mejorando la comunicación y capacidades para que conozcan mejor sus derechos ante los retos de una nueva política de consumo en un entorno económico y tecnológico “de rápida evolución”.

En relación con la propuesta de modificación de la Directiva 93/13/CEE, el veintitrés de mayo de 2017, se publicó un informe de la Comisión al Parlamento Europeo acerca de la aplicación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los Consumidores<sup>33</sup>, en la que se incluía una valoración evolutiva sobre la aplicación de esta directiva 93/13/CEE, la que básicamente consistió en contrastar su aplicación eficaz por parte de todos los Estados miembro.

Aunque en general se alaba su aplicación e incorporación interna en la legislación de los Estados, son fuertes las distorsiones interpretativas de sus artículos y el trato, con criterio uniforme, en su aplicación, por lo que se aconsejó la publicación de una guía <sup>34</sup>con los criterios

---

<sup>32</sup> Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 2006/2004, DO L 345, 27.12.2017, p. 1.

<sup>33</sup> Informe final de 23.5.2017, SWD (2017) 208 final. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>34</sup> Comunicación de la comisión. Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (2019/C 323/04).

que se iban consolidando a través de las interpretaciones prejudiciales y sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en concreto, en relación a 1.- ámbito de aplicación con cláusulas relacionadas con el objeto principal del contrato. 2.- naturaleza no vinculante de las cláusulas contractuales abusivas e integridad del contrato. 3.- Papel activo de los jueces en la determinación de Oficio de la nulidad de estas cláusulas abusivas.

La propuesta de la Comisión propone una modificación de la Directiva 93/13/CEE insertando un nuevo artículo 8 ter <sup>35</sup>sobre sanciones y como continuación a los artículos precedentes 8 y 8 bis con la obligación de comunicar a la Comisión el compendio de normas adoptadas.

La incorporación de esta directiva por la normativa española ya contempla, básicamente, este régimen sancionador al respecto, tanto, de las condiciones Generales de la Contratación, artículo 24 de la Ley, y la introducción de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores en el apartado i) del artículo 49 en relación con el 48 y 51 del TRLGCU.

## 9.BIBLIOGRAFÍA

---

<sup>35</sup> Se añade el artículo 8 ter siguiente: «Artículo 8 ter 1. Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva y tomarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones previstas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. 2. Los Estados miembros velarán por que, al decidir si debe imponerse o no una sanción y el nivel de esta, las autoridades administrativas o los órganos jurisdiccionales tengan debidamente en cuenta los siguientes criterios, cuando proceda: b) la naturaleza, gravedad y duración o los efectos temporales de la infracción; c) el número de consumidores afectados, incluidos los de otros Estados miembros; d) las acciones emprendidas por el comerciante para mitigar o corregir los daños sufridos por los consumidores; e) cuando proceda, el carácter deliberado o negligente de la infracción; f) toda infracción anterior del comerciante; g) los beneficios económicos obtenidos o las pérdidas evitadas por el comerciante debido a la infracción; h) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso. 3. Cuando la sanción que deba imponerse sea una multa, también se tendrán en cuenta en la determinación de su importe el volumen de negocio anual y el beneficio neto del comerciante infractor, así como las multas impuestas por la misma u otras infracciones de la presente Directiva en otros Estados miembros. 4. Los Estados miembros garantizarán que las sanciones por infracciones generalizadas y por infracciones generalizadas con dimensión en la Unión, en el sentido del Reglamento (UE) n.º 2017/2934, incluyan la posibilidad de imponer multas, cuyo importe máximo equivaldrá al menos al 4 % del volumen de negocio anual del comerciante en el Estado miembro o en los Estados miembros de que se trate. 5. Al decidir sobre la asignación de los ingresos derivados de las multas, los Estados miembros tendrán en cuenta el interés general de los consumidores. 6. Los Estados miembros notificarán a la Comisión sus normas sobre sanciones a más tardar el [fecha de transposición de la Directiva] y le notificarán sin demora cualquier modificación posterior que les afecte.».

- Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° C 294/1. Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989 sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor.
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° C 294/1. Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989 sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor.
- Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE de Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Bruselas, 27.04.2000. COM(2000) 248 fin.
- Comisión de las comunidades europeas. COM (93)576 final. Bruselas. 16 de noviembre 1993. Libro verde acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único.
- Comunicación de la Comisión "Plan de acción de la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior".
- Comunicación de la Comisión. Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. C 323/4 ES Diario Oficial de la Unión Europea 27.9.2019
- Dictamen de Consejo de Estado nº 2939/1996 de 31 de Octubre de 1996. Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 26/84, de 19 julio, General para defensa de Consumidores y Usuarios.
- Dictamen de Consejo de Estado nº 3194/1997 de 24 de Julio de 1997. Anteproyecto de Ley s/ Condiciones Generales de la Contratación que supone la transposición Directiva 93/13/CEE en contrato con los consumidores.
- Dictamen de Consejo de Estado nº 3194/1997 de 24 de Julio de 1997 Fecha de Resolución: 24 de Julio de 1997 Emisor: Consejo de Estado. Procedencia: Justicia Número de Resolución: 3194/1997. Tipo de Resolución: Dictamen Link: <http://vlex.com/vid/-315409358>.
- Dictamen del Comité Económico y Social (2001/C 116/25) 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.
- Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "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".
- Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión. N° C 295/64 ES Diario Oficial de las Comunidades Europeas 7. 10. 96. Sesión sobre las prioridades de la política de los consumidores (1996-1998)». (96/C 295/ 14).
- Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

- Directiva 93/13/CEE Del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. 21 .4. 93. Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° L 95/29.
- Directiva 98/27/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas 28. 9. 90. Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. COM(90) 322 final SYN 285. (Presentada por la Comisión el 24 de julio de 1990) (90/C 243/02).
- Naciones Unidas A/59/2005. Asamblea General Distr. General 21 de marzo de 2005. Quincuagésimo noveno período de sesiones. Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio. Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General.
- Normas de protección de los consumidores de la UE. Bruselas, 11.4.2018. COM (2018) 185 final. 2018/0090 (COD).
- Plan de acción de tres años en la política del consumidor en la CEE (1990-1992).
- Plan estratégico de protección al consumidor para el período de 1998-2001. Estudios sobre consumo - Núm. 44, Enero 1998 Páginas: 59-83.
- Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE. Bruselas, 11.4.2018. COM (2018) 185 final. 2018/0090 (COD).
- Reglamento (UE) N o 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión n o 1926/2006/CE.
- Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 relativa a un programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores.
- Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1986 sobre la integración de la política de consumo en las demás políticas comunes.
- Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981 relativa a un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores. 3 . 6. 81 Diario Oficial de las. Comunidades Europeas N° C 133/1.
- Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 2002 sobre la Estrategia en materia de política de los consumidores en la Comunidad (2002-2006). (2003/C 11/01). 17.1.2003 ES Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 11/1.
- Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986 relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores.
- Texto del Tratado de la U firmado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht. Unión Europea.

- Texto íntegro del comunicado final de la conferencia «CUMBRE» de Jefes de Estado celebrada el 19 y 20 de octubre de 1972 en París y publicada por “Le Monde” el 22 y 23 de octubre de 1972.
- Versión consolidada del tratado de funcionamiento de la Unión Europea. 30.3.2010 Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. Directrices para la protección del consumidor. Nueva York y Ginebra 2016.
- Discurso que John Fitzgerald Kennedy pronunció el 15 de marzo de 1962 ante el Congreso de los Estados Unidos, donde destacó la universalidad del concepto de consumidor.
- Elaboración propia: Aclaraciones UTCCR (Bibliografía diversa y general). Notas sobre cláusulas abusivas italianas. (Bibliografía diversa y general).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A. “Manuales Universitarios. Apuntes de Derecho Mercantil.” BIB 2018\10855. Editorial Aranzadi, S.A.U., Julio de 2018.. ISBN 978-84-9197-311-9.
- CORDON MORENO F., “Legitimación de los consumidores adherentes”, Centro de estudios de consumo. Publicaciones jurídicas ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)). 2016.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ J.A. “La protección de los consumidores en la CEE. Estudios sobre consumo - Núm. 17, Abril 1990. Páginas: 94-110. Id. vLex: VLEX-51913637.
- GASCÓN INCHAUSTI F. “La protección de los consumidores en el proceso civil español”. Publicado en la página web del Institut André Tunc de la Université Paris I – Panthéon-Sorbonne (2005), <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/texteINCHAUSTI.pdf>
- GUILLEN CARAMÉS J. “El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores”. Revista de Derecho de la Unión Europea, n.º 5 - 2.º semestre 2003.
- HERRERO JIMÉNEZ.M. “Los programas comunitarios de protección del consumidor (1975-2020)”. Revista de Estudios Económicos y Empresariales. Núm. 29, 2017, pp. 177-220 - ISSN: 0212-7237.
- KLEIN M.” La propuesta de anteproyecto de ley de Condiciones Generales de la Contratación a la luz de la ley alemana (AGBG). Universidad de La Laguna.”
- LÓPEZ MONTOYA E. “La defensa de los derechos del consumidor desde una perspectiva internacional. Sistema de Universidad Abierta. Facultad de Derecho UNAM.
- MORALES ORTIZ M.E. “La reforma del derecho inglés en materia de cláusulas abusivas.” Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 28, pp. 281-304 [julio 2017]
- PASA B. “Primeras reflexiones sobre el Codice del consumo italiano.”. Anuario de derecho Civil. 2007.
- ADAN DOMENECH A., “Interpretación judicial de las cláusulas de interés de demora y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria”, Revista derecho Vlex. Num. 136. Septiembre 2015.