



CONTROL DE ABUSIVIDAD SOBRE CUALQUIER ELEMENTO DEL CONTRATO: EL FIN DE LAS CONJETURAS*

Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de ley por el que se modifica el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la concreción del alcance del control del carácter abusivo de las cláusulas.

Pascual Martínez Espín*
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 5 de octubre de 2021

El artículo 4.2 de la Directiva 91/13/CEE del Consejo establece que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; de la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN-31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC).

**ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4466-7128>



Además, el artículo 8 de la Directiva establece el carácter de armonización mínima que pretende la norma, al permitir a los Estados miembros adoptar o mantener en el ámbito regulado por la Directiva disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. Esta protección más elevada puede versar sobre cualquier aspecto que regula la Directiva, incluido el artículo 4.2 de la misma, pues, como también señaló la Abogada General Trstenjak, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo no puede calificarse de disposición imperativa, que pudiera impedir a un Estado miembro invocar el artículo 8 de la Directiva para adoptar disposiciones que amplíen el alcance del control de contenido a otros objetos contractuales, como el objeto principal del contrato o la adecuación de la relación entre precio y servicio.

La Directiva 91/13/CEE fue incorporada al Derecho nacional en virtud de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación, que, en virtud de su Disposición adicional primera, modificaba parcialmente la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente refundida en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

No obstante, la Ley 7/1998, de 13 de abril no incorporaba expresamente el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 91/13/CEE a la normativa nacional. Ante esta ausencia de incorporación expresa, se abrió el debate tanto doctrinal y jurisprudencial sobre el significado de tal omisión en nuestro ordenamiento.

Del tenor literal del precepto se deduce: a) Están excluidas las cláusulas que versen sobre el objeto principal del contrato, y las relativas a la adecuación entre precio y contraprestación (relación calidad/precio); b) la exclusión desaparece cuando las cláusulas no se redacten de manera clara y comprensible.

El fundamento de la exclusión de las cláusulas sobre el objeto principal del control de abusividad se basaba en las tesis liberal y abstencionistas: a) al tratarse de un elemento esencial, el consumidor ha prestado su consentimiento con pleno conocimiento de lo que contrataba, lo que podía no suceder respecto a otros elementos no principales o accesorios (ej. cláusula de intereses moratorios, cláusula de gastos hipotecarios, etc.); b) no es posible un control de precios, porque no hay un precio justo, salvo en casos excepcionales; c) el respecto del principio de autonomía de la voluntad, los principios del mercado y la libre competencia.



El debate doctrinal ha girado sobre la incorrecta transposición (error involuntario), opción legal legítima (pues existen otros mecanismos para controlar la abusividad de estas cláusulas) o mentís jurisprudencial. Al respecto solo remitirme al tratamiento del tema formulado por CAMARA LAPUENTE¹.

La jurisprudencia española entendió, en un primer momento, que al no diferenciar la legislación entre las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y contrapartida por un lado, y la cláusulas con otro contenido (cláusulas accesorias) por otro, los órganos jurisdiccionales nacionales podían apreciar, en cualquier circunstancia, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, pudiéndose referir al objeto principal de un contrato, incluso en los supuestos en que dicha cláusula hubiese sido redactada de antemano por el empresario de manera clara y comprensible.

No obstante, en una segunda etapa, a partir de 2012, sin modificaciones normativas al respecto, la jurisprudencia ha interpretado de forma contraria la ausencia de transposición expresa del artículo 4.2 de la Directiva 91/13/CEE del Consejo, al entender que dicho precepto se debía entender tácitamente incorporado a la normativa nacional.

El Tribunal Supremo dictaminó, en relación con el control de contenido de las cláusulas abusivas, que “aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la ley de condiciones generales y 10.1. a) de la ley general de defensa de consumidores y usuarios)” (STS 406/2012, de 18 de junio de 2012, FJ 2º).

Esta modificación del criterio ha sido señalada expresamente por el Tribunal Supremo, al señalar que “[e]n aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de

¹CÁMARA LAPUENTE, S., (2006) *El control de las “cláusulas abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).(2013) “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 6, 2013, págs. 98-115. (2014) “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (“Caja de Madrid”, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, Cuadernos de Derecho Transnacional [CDT Octubre-2013], 5.2, 2013, págs. 209-233 [disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1815>].



diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos *obiter dicta* [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue negada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 , que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio” (STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, FJ 10°).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado expresamente que los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

La ausencia de normativa que regule expresamente los principales elementos de las relaciones de consumo, o la vigencia de normativa no actualizada al respecto, como la relacionada con el ámbito crediticio, hace necesario que el control del carácter abusivo de las cláusulas pueda extenderse a cualquier elemento de la relación contractual, bien sean elementos esenciales, naturales o accidentales, aun cuando estos elementos se encuentren redactados de manera clara y comprensible.

Esta posibilidad de control resulta necesaria para una protección integral de los derechos de las personas consumidoras, por cuanto, en contratos no negociados individualmente, la persona consumidora no tiene la posibilidad de influir en ninguno de los aspectos de este.

En aras de la seguridad jurídica, y tras muchos años de espera, el legislador considera necesaria la concreción en la normativa nacional del artículo 4.2 de la Directiva 91/13/CEE, del Consejo. Por ello, se lleva a cabo una modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para la indicación expresa de que el control de las cláusulas abusivas puede versar sobre cualquier elemento de la relación contractual, incluido el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y bienes o servicios prestados como contrapartida.

Con ello se hace eco de la teoría intervencionista o progresista con la intención de valorar el desequilibrio de las prestaciones en aras a la justicia contractual



De este modo, se prevé un artículo único que queda redactado como sigue:

Uno. El apartado 1 del artículo 82 queda redactado como sigue: “1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente, **independientemente del elemento de la relación contractual que se regule en las mismas**, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Y sobre la pretendida reforma podemos hacer las siguientes reflexiones:

El legislador señala que una protección integral de los consumidores no se consigue con la legislación vigente (exclusión del control de contenido sobre elementos esenciales) dado que el consumidor, en la contratación con condiciones generales de la contratación no puede conseguir el equilibrio de prestaciones, ni siquiera en cuanto a dichos elementos. Y, por tanto, el legislador, debe asegurar el control de estos mediante la implantación del correspondiente control de contenido o abusividad sobre cualquier elemento del contrato, sea principal o accesorio. Sin duda supone un aumento respecto a la protección conseguida por la Directiva. Esta solo somete a control de contenido el equilibrio jurídico (derechos y obligaciones de las partes). En cambio, este Anteproyecto pretende instaurar el equilibrio económico de las prestaciones.

Con la jurisprudencia actual, una cláusula sobre el elemento esencial del contrato (precio) está sometida a un control de incorporación (el cual es aplicable también a los contratos con empresarios); si lo supera (si no lo hace, es nula), a un control de transparencia. Si es transparente (el consumidor conocía las consecuencias jurídicas y económicas que esa cláusula suponía para el contrato), la cláusula será válida, pero, por el contrario, el hecho de que la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva; con fundamento en la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler; de 26 febrero de 2015, C-143/13, Matei; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriuc; de 14 de marzo de 2019, C118/17, Dunai; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, GT); es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (SSTS 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, sobre IRPH, que reitera la anterior de 6 de noviembre de 2020).

La redacción del art. 83, párrafo 2 TRLGDCU, en redacción dada por la disposición final 8 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, al disponer que: “*Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los*



consumidores serán nulas de pleno derecho”, parece querer sostener que la abusividad es automática en caso de falta de transparencia. Sin embargo, una interpretación coherente con la reforma exige rechazar esa interpretación y sostener, por el contrario, que una cláusula no transparente no es de por sí nula, sino que deberá someterse a control de abusividad, y determinar si la misma perjudica a los consumidores, y solo en ese caso, podrá predicarse su nulidad.

Literalmente lo que hace la reforma es extender la aplicación del control de contenido a todas las cláusulas sin importar si se trata de elementos esenciales o accesorios. Pero ¿solo eso? O ¿va más allá? Esta reforma puede dar lugar a dos interpretaciones:

1. Que ya no es necesario distinguir entre elementos esenciales y accidentales porque ambos están sometidos a los mismos controles: incorporación y abusividad, desterrando el control de transparencia. Es decir, el control de legalidad se reduce a 2 tipos de controles: el de incorporación (también llamado transparencia formal) y el de abusividad o control de contenido. Si la cláusula supera el primero pasará al segundo control de contenido, sin importar si la cláusula superó el control de transparencia. Esta sería la interpretación más favorable al consumidor. Derogado el control de transparencia. Si es comprensible (gramaticalmente) y accesible supera el control de incorporación y es indiferente si el consumidor conocía las consecuencias jurídicas y económicas para su contrato; lo único relevante es si ocasiona un perjuicio a los intereses económicos del consumidor. Si lo ocasiona es abusiva; si no, la cláusula es válida.

La reforma acabaría con esta distinción entre elementos esenciales y accesorios, y con la diversidad de regímenes jurídicos. Tanto unos elementos como otros se someten a los mismos controles. Pero también acabaría con el control de transparencia, y, sinceramente, no creo que sea éste el sentido de la reforma. Además, no sería beneficioso para el consumidor, pues a título de ejemplo debemos de recordar que la cláusula suelo sólo se ha podido controlar por transparencia y no hubiera podido hacerse por “falta de equilibrio”.

2. Que sigue siendo necesario tal distinción porque los elementos esenciales están sometidos al control de incorporación, de transparencia y de abusividad, a diferencia de los elementos accidentales respecto de los cuales no es posible predicar la falta de transparencia. Es decir, esta interpretación sostendría que la reforma únicamente constituye un refrendo de la jurisprudencia sobre la materia, y que sigue siendo necesario distinguir entre elementos esenciales y accesorios para someter a los primeros a un triple control, con la consiguiente dificultad



interpretativa para calificar un elemento como esencial o accesorio (noción de eventualidad y accesoriedad), y a los segundos a un doble control. Si una cláusula es transparente es válida; si no lo es, no es nula automáticamente, sino que tiene que someterse a un tercer control, y solo cuando perjudique al consumidor podrá declararse su nulidad. En caso contrario, la falta de transparencia no conllevaría la nulidad por sí sola.

Esta puede ser la interpretación que finalmente se acoja. Se reconoce legalmente la necesidad de tres controles en caso de elementos esenciales, ahora declarando la necesidad expresa de un último tipo de control de abusividad.

Es decir, la reforma no instaura un control de transparencia sobre elementos accesorios, sino un control de abusividad legal sobre elementos principales del contrato con consumidores. La duda es si ello supone la supresión del control de transparencia (renunciando con ello a la exigencia de claridad y comprensibilidad), o solo es un *mirror* de la jurisprudencia, ahora con reconocimiento legal.