

**DERECHO DISPOSITIVO Y CONTROL DE CONTENIDO ¿ES ABUSIVA UNA
CLÁUSULA QUE PROHÍBE AL CONSUMIDOR CEDER SU DERECHO DE
CRÉDITO FRENTE AL EMPRESARIO?***

SAP Madrid 409/2022, de 1 de junio

Álvaro Vecina Aznar
*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 31 de enero de 2023

1. Introducción

Una consumidora suscribió un contrato con Air Europa Líneas Aéreas S.A.U. cuya cláusula 15, relativa a la responsabilidad de la aerolínea, establece:

“15. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

La responsabilidad de Air Europa y la de cualquier transportista, de acuerdo con el Artículo 1, estará determinada por las condiciones de transporte del transportista que emita el billete, a menos que se estipule otra cosa. Los derechos que corresponden al pasajero serán de carácter personalísimo y no se permitirá la cesión de los mismos”.

Esta consumidora decidió presentar demanda contra la referenciada empresa ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 84, solicitando la nulidad de la citada cláusula.

* Trabajo realizado en el marco del contrato con referencia 2022-CACT-11451, con cargo a 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 del Proyecto de Investigación PID2021-128913NBI00, del Ministerio de Ciencia e Innovación 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: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato.

El Juzgado, en su sentencia 1331/2019, desestimó la demanda, fundamentando tal decisión en que la demandante no acreditó que actuase en condición de consumidora y, por tanto, no puede buscar amparo en la normativa de consumo.

La Audiencia provincial, en su sentencia 409/2022² se pronuncia en segunda instancia esencialmente sobre dos extremos: la condición de consumidora de la recurrente, por un lado, y la nulidad de la cláusula controvertida, por otro.

2. La sentencia

a) La condición de consumidora de la recurrente

En primera instancia se dicta sentencia desestimatoria, motivando tal pronunciamiento en que la actora no llegó a probar que actuase en el contrato en cuestión como consumidora. En resumidas cuentas, la adquirente del billete de vuelo es una abogada que trabaja como subdirectora jurídica del departamento legal de una entidad dedicada a las reclamaciones en el ámbito aéreo. Además, tomó su vuelo a una hora temprana de un día laborable. Según alega la parte demandada, esto puede entenderse como un indicio de que viajaba con fines profesionales, lo que conllevaría la imposibilidad de ser considerada consumidora. Sin embargo, la Audiencia se pronuncia en un sentido opuesto, señalando que tales circunstancias no son causa para calificar a la recurrente como no consumidora.

En este sentido, la Audiencia hace una valoración relativa a la carga de la prueba en su sentencia aquí comentada, mediante una interpretación matizada del art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). En virtud del mismo, sobre el litigante que alegue su condición de consumidor pesa la carga de acreditar tal extremo. Sin embargo, la Audiencia provincial señala que *“dicha regla puede atemperarse, de acuerdo con criterios de normalidad y habitualidad en el tráfico jurídico, para considerar que, de ordinario, la persona física que contrata con un empresario predisponente actúa como consumidor”*. En virtud de tales principios, *“aquellos acontecimientos que se desarrollan cotidianamente con arreglo a patrones homólogos no deben ser sometidos a exigencias de prueba rigurosa”*. Pero, en el caso que se estudia, la parte demandada sí que alegó pruebas en contrario que podían, en su caso, desvirtuar esa presunción *iuris tantum* propia de los principios de normalidad y habitualidad.

Air Europa justifica su postura sosteniendo que la demandante volaba un día laborable a tempranas horas de la mañana, claro indicativo, según argumentaban, para entender que la finalidad del contrato era desplazarse por motivos laborales. A su vez, señalaba que la

² SAP Madrid 409/2022, de 1 de junio (ECLI: ES:APM:2022:7963).



recurrente es subdirectora jurídica del departamento legal de una entidad dedicada a las reclamaciones en el ámbito aéreo. Por ello, la razón de contratar no fue otra, según dice, que obtener un pronunciamiento favorable que declarara nula la cláusula controvertida. De esta manera, podría dedicarse a *“la adquisición en condiciones ventajosas de créditos a favor de los consumidores usuarios de los servicios”* prestados por la aerolínea, *“para su ulterior reclamación a la demandada en calidad de cesionario del crédito”*.

Ambos razonamientos, indica la Audiencia Provincial, son contradictorios. El primero de ellos niega la condición de consumidora a la recurrente, pues actuaba, según dice, con fines profesionales. Por su parte, el segundo, relativo a la intencionalidad lucrativa de obtener la nulidad de la cláusula, como expresa el tribunal, *“solo cabe previa afirmación de la condición de consumidora”*. Además, la Audiencia no estima ninguno de los dos argumentos. Respecto del primero de ellos, puesto que del examen de la prueba testifical se concluye que la recurrente no actuó con fines profesionales y que, por tanto, debe ser considerada consumidora. En lo relativo al segundo, se pronuncia el tribunal en el siguiente sentido: *“la circunstancia de que la demandante sea abogada de profesión y trabaje como subdirectora jurídica del departamento legal de una entidad dedicada a las reclamaciones en el ámbito aéreo de suyo no califica a aquella como no consumidora en la conclusión del contrato”*. Por todo ello es que en la sentencia aquí analizada se concluye que la recurrente sí ostenta la consideración de consumidora en el contrato de prestación de servicios ofertado por la aerolínea.

b) La abusividad de la cláusula

El Tribunal, en aplicación de los arts. 82.1 y 86 TRLGDCU concluye que la cláusula controvertida es abusiva y, en consecuencia, nula. Para ello, la Audiencia aplica la doctrina del TJUE contenida, entre otras, en su sentencia de 10 de junio de 2021³. En ella se establece que es abusiva aquella cláusula que el consumidor no hubiera aceptado de haberse producido una negociación individual de la misma, con un trato leal y equitativo.

La parte demandada alegó, en un sentido contrario, que la cláusula en cuestión debía entenderse excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, en base a lo establecido en su art. 1.2, según el cual:

“Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas... no estarán sometid[a]s a las disposiciones de la presente Directiva”.

Es importante señalar que el TJUE ha venido a extender el ámbito de aplicación del citado artículo 1.2 a las normas dispositivas y no sólo a las imperativas. Así lo expresa, por

³ STJUE de 10 de junio de 2021, asunto C-776/19 (ECLI:EU:C:2021:470).

ejemplo, en su sentencia de 7 de agosto de 2018⁴, citada por Air Europa en el presente litigio. Al amparo de la misma, la demandada alega que la cláusula controvertida que prohíbe la cesión de créditos debe ser excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Todo ello, en la medida en que una disposición legal, en este caso el artículo 1112 del Código Civil (CC), permite el pacto prohibitivo de cesión de derechos.

Artículo 1112 CC:

“Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”.

Sin embargo, el TJUE desarrolla en la misma sentencia lo que ha de entenderse por normas dispositiva, extremo este que fue deliberadamente omitido por la demandada, como así señala la Audiencia Provincial. En este sentido, el Tribunal de Justicia se refiere a las normas dispositivas como aquellas *“que únicamente se aplican si las partes no han dispuesto otra cosa”*.

El proceso lógico que sigue la Audiencia es el siguiente: el TJUE extiende el ámbito de aplicación a las normas dispositivas, pero por tales se han de entender únicamente aquellas que se aplican sólo cuando no media pacto entre las partes. Por tanto, la expresión *“si no se hubiese pactado lo contrario”* contenida en el art. 1112 CC, que requiere necesariamente de un pacto, no entra dentro de la definición de norma dispositiva del TJUE. Es por ello que no se extiende la excepción del art. 1.2 de la Directiva al pacto de prohibición de cesión de derechos a que hace referencia la oración final del art. 1112 CC. Y, en tal medida, una cláusula de ese tipo puede ser declarada abusiva, de conformidad con la Directiva 93/13.

3. La ajenidad en la condición de consumidor y la carga de la prueba

Para que a un contrato le sea de aplicación la normativa de consumo se requiere que los contratantes sean un empresario y un consumidor (art. 2 TRLGDCU). Pero la condición de consumidor no la otorga el objeto del contrato en sí mismo (el bien o servicio adquirido), sino el fin al que éste se destina, que necesariamente debe ser *“ajeno a la actividad comercial”* de quien lo adquiere. Según expresa el art. 3 TRLGDCU, son consumidores *“las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*. Pero, ¿sobre quién pesa la carga de probar la condición de consumidor? La respuesta la da la propia Audiencia, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo: el empresario. En este sentido, es jurisprudencia de la Sala Primera entender que existe una presunción respecto de la condición de

⁴ STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos C-96/16 y C-94/17 (ECLI:EU:C:2018:643).



consumidor del adherente, cuando no se exprese en el contrato la finalidad a que se va a dedicar el bien o servicio en cuestión: *“no puede negarse la cualidad de consumidora a la persona que, subjetivamente, reúne los requisitos para ello: ser persona física o persona jurídica sin ánimo de lucro”*⁵

En mi opinión⁶, este posicionamiento jurisprudencial no acaba de encajar con las reglas de la carga de la prueba del artículo 217 LEC. Así, no sólo se desoye la regla general por la cual los hechos constitutivos de la pretensión deben ser acreditados por quien la ejercita, sino también el principio de disponibilidad y facilidad probatoria contenido en el apartado séptimo del citado artículo. Pues es evidente que quien más fácilmente puede probar la finalidad –empresarial o no empresarial– a la que se destinó el objeto del contrato, es quien dispuso del mismo, esto es, el comprador o arrendatario del bien o servicio. Es cierto que no puede exigirse a quien alega ser consumidor la prueba del hecho negativo de que no destinó el objeto del contrato a fines empresariales; pero sí el hecho positivo de que lo destinó a otros fines distintos a los empresariales. De este modo, aplicando la ley de la lógica de contradicción –dos proposiciones opuestas no pueden ser ciertas a la vez–, se permitiría al consumidor demostrar su condición como tal.

Como bien es sabido, para ser considerado consumidor es requisito indispensable la ajenidad respecto de la actividad comercial. Pero no es extraño que el objeto de un contrato se destine a diversas finalidades, tanto profesionales como no profesionales. Para tal supuesto, el Tribunal Supremo establece que será considerado consumidor *“si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba”*⁷. Así pudo ocurrir en el presente caso, donde quedó probado que, en el lugar de destino del viaje en avión, la recurrente no realizó ninguna actividad relacionada con su actividad profesional. Ello no excluye, empero, la posibilidad de que, como señaló la aerolínea demandada, la causa del contrato fuese incorporar, directa o indirectamente, ese servicio ofertado por la mercantil a su actividad profesional, que no es otra sino la prestación de servicios jurídicos en materia de reclamaciones en el ámbito aéreo. En este sentido, de conseguir en sentencia firme la declaración de abusividad de una cláusula que les impedía ser cesionarios de créditos litigiosos frente a aerolíneas, se verían lógicamente muy beneficiados en su actividad profesional. Pues, además, tampoco puede considerarse consumidor en el

⁵STS 436/2021, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2498); 26/2022, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2022:43). En un mismo sentido, la STS 50/2022, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1212).

⁶ En un sentido contrario, MARÍN LÓPEZ, M.J., “El ciudadano que reclama a un empresario, ¿tiene que acreditar su condición de consumidor?”, *Centro de Estudios de Consumo*. Accesible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/El_ciudadano_que_reclama_a_un_empresa.pdf (fecha de consulta: 10-01-2023)

⁷SSTS 224/2017, de 5 de abril (ECLI: ES:TS:2017:1385); 26/2022, de 18 de enero (ECLI: ES:TS:2022:43).

supuesto en que “el acto se realiza para preparar una actividad empresarial futura”⁸, aunque sea indirectamente⁹. Por todo ello, si se hubiera logrado probar que la recurrente contrató con tan fin empresarial, parecería razonable concluir que no puede ser considerada consumidora¹⁰. Como se puede apreciar, todo depende en última instancia de las conclusiones que se obtengan del acervo probatorio.

4. La posible abusividad de una cláusula por ser contraria a un derecho del consumidor reconocido en una norma dispositiva

Es muy interesante el razonamiento que sigue la Audiencia Provincial respecto del art. 1.2 de la Directiva 93/13. Como hemos visto, este artículo establece que las cláusulas que sean reflejo de una norma imperativa no podrán someterse a control de abusividad. Esta lógica excepción ha sido extendida jurisprudencialmente por el TJUE a las normas dispositivas. Debería añadirse, aunque es evidente, que esta clase de cláusulas tampoco pueden verse sometidas a un control de incorporación, pues *ignorantia iuris neminem excusat* (art. 6.1 CC).

El hecho de que una cláusula finalmente se concluya –como en el presente supuesto ocurre– que no está exenta de tal control, al no ser reflejo de una norma dispositiva o imperativa, no implica *per se* su abusividad. Deberá ser, en su caso, sometida al control de contenido. Por tanto, la principal cuestión que se plantea es si una cláusula predispuesta no negociada, en virtud de la cual se priva al consumidor contratante del ejercicio de un derecho reconocido en una norma dispositiva, es o no abusiva.

En un primer momento podría pensarse que, si tal derecho está previsto en una norma dispositiva es porque, precisamente, admite su inaplicación mediante pacto en contrario fruto de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Pero ¿en qué medida ejerce su autonomía de la voluntad un consumidor que acepta en bloque toda una serie de cláusulas que no ha negociado? Si bien la Directiva 93/13 no da respuesta a este dilema jurídico, nuestro ordenamiento jurídico sí lo hace, y en apariencia, de una forma muy tajante. Téngase en cuenta que el art. 8 Directiva 93/13 permite a los Estados adoptar “*disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de*

⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., “Art. 3. Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable”, en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.)/ ZUMAQUERO GIL, L. (Coord.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de Consumidores y usuarios*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 120.

⁹ Apartado III de la exposición de motivos del TRLGDCU: “*El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*”.

¹⁰ V. STS 149/2014, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:853).

garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”. En concreto, el TRLGDCU establece lo siguiente:

Art. 82. 4:

“...en todo caso, son abusivas las cláusulas que...:

b) limiten los derechos del consumidor y usuario”.

Art. 86:

“En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas...”.

Las expresiones “en todo caso” y “en cualquier caso” pareciera que establecen una presunción *iuris et de iure*. En este punto, la doctrina está dividida. Así, hay quienes sostienen que toda cláusula que contravenga el derecho dispositivo es abusiva; no cabe interpretación alguna que module las citadas expresiones¹¹. En un sentido opuesto, se defiende que siempre que la cláusula contractual que se aparta del derecho dispositivo sea equilibrada, será válida; “el Derecho dispositivo no se erige en una barrera infranqueable”¹². También se ha llegado a sostener que sobre tales cláusulas pesaría una presunción de abusividad, teniendo el predisponente la carga de probar lo contrario, a la luz de los artículos 82.1 y 82.3 TRLGDCU. Y, al revés, hay quien ha escrito que este tipo de cláusulas son, en principio, válidas¹³.

En este particular, es jurisprudencia del Tribunal Supremo –muy en la línea de lo que defendía DE CASTRO Y BRAVO¹⁴– que “el control de contenido debe operar y

¹¹ V. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Concepto de cláusulas abusivas. Art. 82”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 743. Años antes, este mismo autor defendía la posibilidad de probar la validez de la cláusula siempre que fuera conforme a la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones. Pero con la adición a la norma de la expresión “en todo caso”, el autor pasa a defender que una cláusula de tales características será siempre abusiva. V. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Disposición adicional 1.ª, 3ª”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Díez-PICAZO, L. (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 952-955.

¹² GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Art. 82”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1116.

¹³ QUICIOS MOLINA, S., “Disposición adicional 1ª Seis: Disp. 1ª.II.14ª LGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1061. La autora añade como criterio valorativo el art. 6.2 CC (interés u orden público y perjuicio a tercero).

¹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F. “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, p. 1061: “Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes, a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha



ajustarse a los principios y normas de nuestro sistema jurídico en orden, primordialmente a comprobar que la regla contractual predispuesta es conforme con los principios básicos de la regulación contractual aplicable sin ella, de acuerdo a los parámetros de la buena fe y equilibrio contractual”¹⁵.

Si bien es cierto que el derecho dispositivo admite por naturaleza pacto en contrario, no lo es menos que la voluntad de aquel que no ha negociado un conjunto de cláusulas predispuesta debe ser tutelada. Pero ese ánimo proteccionista sobre aquella parte contratante que se entiende vulnerable y cuya voluntad sobre cada cláusula concreta es con total seguridad yerma si no inexistente, no puede llevar en la totalidad de los casos a privar al Derecho de consumo de la autonomía de la voluntad que el ordenamiento jurídico reconoce. Es por ello que el art. 86 TRLGDCU debe ser interpretado en su conjunto. Así, se puede apreciar que el mismo artículo señala que “*en particular, serán abusivas*”, a lo que sigue una serie de estipulaciones que a continuación se enumeran. Para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ¹⁶, esto pone de manifiesto que no son abusivas todas las cláusulas que priven o limiten al consumidor un derecho reconocido en normas dispositivas. De lo contrario, “carecería de sentido la enumeración de supuestos concretos que en ese mismo artículo se efectúa”. De igual forma, el art. 157 TRLGDCU –en relación a la materia de transporte aéreo analizado por la sentencia que nos ocupa– establece el derecho a la cesión del contrato de viaje combinado. En realidad, la razón de ser del artículo es, en esencia, permitir que otra persona distinta al comprador sea quien haga uso de los servicios contratados por el consumidor primero. Es decir, garantizar el derecho del comprador/arrendatario a ceder sus créditos frente al empresario. De esta forma, si se pretender defender que el art. 86 TRLGDCU declara la abusividad de toda cláusula que limite derechos dispositivos, y la cesión del crédito es un derecho reconocido en una norma dispositiva (art. 1212 CC), ¿qué sentido tiene la existencia del art. 157? Además, si se reconociera una abusividad objetiva de toda cláusula que contravenga un derecho dispositivo, se estaría contraviniendo el art. 82.1 TRLGDCU, que exige para la declaración de abusividad que exista un desequilibrio importante de los derechos obligaciones y una contrariedad con la buena fe¹⁷.

estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan, habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato”

¹⁵ STS 86/2014, de 26 de mayo (ECLI: ES:TS:2014:2393).

¹⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.) *Tratado de contratos*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1843.

¹⁷ *Ibid.*

Todos los posicionamientos doctrinales sobre la cuestión tienen una fuerte fundamentación, pero, como se aprecia, son opuestos entre sí. A mi parecer, la opción más adecuada pasa por entender que los arts. 82.4 y 86 *ab initio*, por un lado, declaran la abusividad de toda cláusula que conculque derechos imperativos del consumidor y, por otro, remiten a los parámetros generales del artículo 82 TRLGDCU¹⁸ para enjuiciar la validez de aquellas cláusulas contrarias a los derechos de los consumidores reconocidos en normas dispositivas¹⁹.

Como afirma CARRASCO PERERA²⁰, si las cláusulas finalmente son abusivas se debe a “un proceso de ponderación de conceptos jurídicos indeterminados y valorativos” a partir del concepto genérico de buena fe o desde el “*desequilibrio importante*”. Una cláusula será contraria a la buena fe y al equilibrio de derechos cuando contravenga injustificadamente algún derecho del consumidor reconocido en una norma dispositiva y, en tal medida, beneficie exclusivamente al empresario. Como señala MIQUEL GONZÁLEZ²¹, “la contradicción con la buena fe consiste en apartarse de la regulación legal sin otra razón que el interés exclusivo del predisponente”.

Finalmente, otra cuestión importante por dilucidar es qué ha de entenderse por “*normas dispositivas*” (art. 86 TRLGDCU). Aquí se abren dos posibilidades: o bien entender que se refiere a las normas sectoriales de consumo (QUICIOS MOLINA²², CARRASCO

¹⁸ Artículo 82 TRLGDCU: “1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. (...) 3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. 4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”.

¹⁹ Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSA, “Art. 86”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario...” cit., p. 1259. “La doctrina había destacado que la renuncia habría de entenderse referida a derechos concedidos al consumidor en cuanto tal: es decir, en las normas de protección de los consumidores... La finalidad no era convertir todo el Derecho privado en normas, cuyo desplazamiento o alteración –en contratos con consumidores– hubiera de reputarse, en cualquier caso, prohibido, sin perjuicio, naturalmente, de analizar, en el caso concreto el eventual abuso a la luz de la norma general del artículo 82”.

²⁰ “Invalidéz e ineficacia en los contratos con consumidores”, en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 164.

²¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Disposición...”, cit., pp. 940 y ss. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión...”, cit., p. 1846.

²² “Disposición adicional...”, cit. pp. 1059-1060.

PERERA²³, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ²⁴), o bien sostener que lo hace respecto de cualquier norma de derecho privado y, en consecuencia, cualquier acuerdo contrario a un derecho dispositivo del adherente –ya sean derechos que se le reconocen por su condición de consumidor, ya por la de contratante en abstracto– será abusivo (CÁMARA LAPUENTE²⁵, MIQUEL GONZÁLEZ²⁶). Es muy importante tener en cuenta que, como se ha visto, el art. 86 TRLGDCU establece la abusividad “*en todo caso*” de aquellas cláusulas contrarias a los derechos del consumidor reconocidos por normas dispositivas. Si a esto le sumamos que el TRLGDCU consagra en su art. 10 la imperatividad de todos los derechos en él reconocidos, necesariamente debemos concluir que los *derechos dispositivos* a que hace referencia el art. 86 TRLGDCU son aquellos establecidos en disposiciones normativas distintas al TRLGDCU. Pero, es más. Una parte importante de las normas de consumo establecen ese mismo carácter irrenunciable de los derechos en ellas reconocidos²⁷. Por tanto, todo parecería indicar que la norma se refiere a cualesquiera derechos dispositivos o imperativos reconocidos en cualquier norma de nuestro ordenamiento. Eso sí, sometiéndolos al control del art. 82 TRLGDCU.

Para concluir, debe señalarse que, en el caso analizado en la sentencia de la Audiencia Provincial, no parece que exista justificación alguna que explique la incorporación de la cláusula litigiosa. Es cierto que la prohibición de cesión se refiere únicamente a los derechos derivados de la responsabilidad por daños del empresario. Y que, en tal medida, el consumidor podría siempre ejercer personalmente sus derechos frente al empresario. También es cierto que en muchos casos es el consumidor el único que podría ejercitar la pretensión (reparación, sustitución o responsabilidad civil por productos defectuosos). E incluso podría señalarse que nuestro ordenamiento jurídico permite, aun existiendo tal prohibición, que el acreedor ceda el contrato; cesión que será válida siempre que sea de buena fe. En contraposición, se podría argumentar con acierto que la cuantía que se reclama, derivada de la responsabilidad del empresario suele ser, en muchas ocasiones, escasa, lo que desincentiva a los consumidores a recurrir: tiempo que deberán dedicar a la labor, coste de abogado y procurador si fuera necesario, posible condena en costas, etc. Pero con todo, la cláusula litigiosa en cuestión, en la medida en que no haya sido negociada individualmente, será contraria a la buena fe y causará un desequilibrio, si su

²³ “Invalidéz...”, *cit.*, p. 167.

²⁴ “Los contratos de adhesión...”, *cit.*, p. 1845 y ss.

²⁵ “Comentarios a las Normas...”, *cit.*, pp. 835 y ss.

²⁶ “Disposición...”, *cit.*, p. 954.

²⁷ Por ejemplo, el art. 5 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; el párrafo VI de la Exposición de motivos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.; art. 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En este sentido, v. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Disposición...”, *cit.*, p. 954.



apartamiento con el derecho dispositivo no obedece a una razón justificada. Tal circunstancia deberá ser probada por el propio empresario, en la medida en que se trata de una cláusula predispuesta por éste y será él quien, en su caso, pueda justificar las razones que le llevaron a apartarse del Derecho dispositivo al redactar la cláusula.