

## COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LGDCU

### ¿QUÉ HAY DE NUEVO EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS?<sup>1</sup>

*Pascual Martínez Espín*

*Catedrático acreditado de Derecho Civil*

*Centro de Estudios de Consumo*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 4 de diciembre de 2013*

El Proyecto de Ley (PL) de 25 de octubre de 2013, núm. 71-1, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, contempla **las siguientes modificaciones en materia de cláusulas abusivas:**

#### **I. REQUISITOS DE LAS CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE**

##### **1. La nueva regla**

En esta materia se modifica el párrafo b) del apartado 1 del artículo 80, que queda redactado en los siguientes términos:

“a) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”.

##### **2. Impacto sobre el régimen actual**

Se suprime la referencia que hace el vigente texto a la aceptación de las condiciones generales en la contratación telefónica y electrónica, pues el PL deroga el apartado 4 del artículo 5 (antes apartado 3 del artículo 5) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

condiciones generales de la contratación y el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuyas disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva 2011/83 que se transpone. Por tanto, ya no será necesario, en los casos de contratación telefónica o electrónica, que conste (en los términos que reglamentariamente se establezcan) la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. La obligación de enviar inmediatamente al consumidor justificación de la contratación por escrito o en cualquier soporte duradero adecuado a la técnica de contratación utilizada, donde constarán todos los términos de la misma, hasta ahora en el art. 80.1.b), se traslada al art. 98.7 PL.

### **3. Requisitos formales de la contratación a distancia**

En el nuevo régimen, los requisitos formales de la contratación a distancia son:

#### **a) Información precontractual en soporte utilizado para la contratación**

El empresario facilitará en el soporte específico utilizado en la contratación a distancia, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información precontractual sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución. El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario las demás informaciones que figuran en el artículo 97 de una manera acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas (art. 98.4 PL).

**Regla 1.** Con relación al precio, la Directiva 2011/83/UE no indica que a la hora de publicitar los bienes o servicios en la contratación a distancia se deba señalar el precio total. Además, existe una consideración práctica que impide su cumplimiento. En la publicidad de un producto online no es posible fijar el importe definitivo de un producto al depender de múltiples factores que, a priori, son desconocidos para la tienda online (formato de envío, prioridad de entrega, lugar de entrega, etc...).

**b) El momento de la vinculación entre empresario y consumidor en contratos mediando contacto telefónico**

El nuevo artículo 98 del Texto Refundido introducido por el apartado 20 del PL (requisitos formales de los contratos a distancia) incluye una innovación relevante en relación con los contactos telefónicos a instancia del empresario para la celebración de contratos telefónicos. En concreto, el apartado 6 del artículo 98 establece:

“En aquellos casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito, en papel o mediante correo electrónico, fax o sms”.

En este ámbito, la Directiva comunitaria ha dejado margen a los Estados miembros, al establecer lo siguiente en su artículo 8.6:

“En caso de que un contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono, los Estados miembros podrán establecer que el comerciante ha de confirmar la oferta al consumidor, que solo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito. Los Estados miembros podrán establecer asimismo que dichas confirmaciones han de realizarse en un soporte duradero.”

**Regla 2.** La contratación telefónica tiene plena validez contractual, sin posterior confirmación escrita del consentimiento, en la medida en que permita garantizar la identidad del cliente y su voluntad inequívoca de contratar.

**Regla 3.** El artículo 2 del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, -que quedará expresamente derogado por la nueva ley- exige la confirmación de la oferta telefónica en soporte duradero legible cuando se utilizan condiciones generales de la contratación, de modo que, como mínimo tres días naturales antes de la celebración del contrato, el empresario debía facilitar al adherente información sobre “todas y cada una de las cláusulas del contrato” y remitirle “por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales”.

**Regla 4.** Condicionar la existencia, validez y eficacia del contrato (“solo quedará vinculado”) a la firma y envío del acuerdo por escrito supone reducir la vía

telefónica a una simple publicidad, desterrándola como técnica de perfección del contrato. Ello es contrario al Derecho general de contratos en el que rige el principio de libertad de forma (arts. 1254 y 1278 CC) y un obstáculo a la práctica habitual de algunos sectores en los que está asentada la contratación telefónica e incluso el comienzo de la prestación del servicio de forma inmediata a la celebración del contrato por vía telefónica (ej. telecomunicaciones, seguros), sin perjuicio del reconocimiento al usuario del derecho de desistimiento en los casos de incumplimiento por el empresario de sus deberes de información y confirmación del contrato (arts. 2.3 y 4 RD 1906/1999).

**Regla 5.** Resulta positivo para la dinámica competitiva que el consentimiento se pueda manifestar de manera inequívoca por medios distintos de los escritos.

La exigencia de firma o de envío de acuerdo por escrito puede constituir un grave obstáculo en la contratación (por ejemplo, en telecomunicaciones donde la portabilidad en telefonía móvil se debe realizar en el plazo de un día laborable desde 1 de junio de 2012). Lo anterior supondrá un importante incremento de cargas para los empresarios, -que probablemente trasladarán a los clientes-, y ralentizará sectores en los que se práctica habitualmente la contratación telefónica, con el consiguiente perjuicio para los usuarios, pero además puede constituir un importante obstáculo al desarrollo del comercio interior y de la competencia en el mercado único, pues las empresas intracomunitarias tendrán escasos incentivos para participar en el mercado español que pone trabas a la contratación telefónica y correlativamente, los usuarios se verán privados de los beneficios de la máxima competencia en el mercado.

**Regla 6.** Su interpretación no debe obstaculizar innecesaria ni desproporcionadamente la competencia y su aplicación por los operadores debe ajustarse a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En particular, el diferimiento de la vinculación del consumidor o usuario al momento en que preste su consentimiento por escrito no puede amparar que, en su caso, la tramitación del cambio de suministrador/operador se dificulte por parte del suministrador/operador de origen.

**Regla 7.** El PL limita los canales de comunicación al email, fax o SMS.

En la actualidad, los canales de comunicación con los clientes ya no sólo son los citados. Los consumidores utilizan cada vez en mayor medida las redes sociales u otra formas de comunicación instantánea, que no se contemplan en el proyecto y que ofrecen las mismas garantías de fehaciencia. En este sentido, sería aconsejable que se realizara, con carácter general, a través de un soporte de naturaleza duradera, de esta forma también quedaría constancia de la confirmación y el consumidor obtendría la misma protección que sí la realizase por SMS o email.

#### **c) Confirmación del contrato**

El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio (art. 98.7). Tal confirmación incluirá:

- Información precontractual. Toda la información que figura en el artículo 97.1, salvo si el empresario ya ha facilitado la información al consumidor y usuario en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia, y
- Acuse de recibo. Cuando proceda (ej. contratación electrónica ex art. 28 Ley 34/2002), la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento en caso de suministro de contenido digital (art. 103.m).

#### **4. Aplicación de la normativa específica**

En materia de comunicaciones comerciales y contratación electrónica, además de lo dispuesto en el título III, relativo a los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil, será de aplicación la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. En caso de contradicción de la normativa general con el contenido de la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, ésta será de aplicación preferente, salvo la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento, prevista en el artículo 97.7, párrafo segundo. Ello sin perjuicio de las disposiciones sobre la celebración de contratos y la realización de pedidos por vía electrónica establecidas en la Ley 34/2002, de 11 de julio.

## **II. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato**

## **1. La nueva regla**

En este tema se modifica el artículo 83 que queda redactado del siguiente modo:

“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

Conforme al citado precepto, el juez podrá declarar la nulidad de las cláusulas abusivas, previa audiencia de las partes, manteniéndose la obligatoriedad del resto del contrato, siempre que el mismo pueda subsistir sin las mismas.

## **2. Incidencia sobre el régimen vigente**

El nuevo precepto suprime la posibilidad de integrar el contrato con arreglo a lo dispuesto por los artículos 1258 CC, 65 y 83.2 TRLCU (también art. 10.2 LCGC) y al principio de buena fe objetivo, así como las facultades moderadoras del juez respecto de los derechos y obligaciones de las partes y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. También afectará a otros preceptos, como el art. 7.2, 21.2 y 4 LCCC (Ley de Contratos de Crédito al Consumo). Y no serán los únicos.

Ello es consecuencia de la necesidad de adaptar la legislación española, especialmente la de carácter procesal, al derecho europeo y a la doctrina sentada por el TJUE, para garantizar al consumidor una protección más eficaz, en los términos exigidos por la Directiva 13/93/CEE, de 5 de abril, y normativa que la desarrolla. La reforma legislativa en curso da respuesta a algunas de las cuestiones que suscita la doctrina del TJUE, lo que no exime a los jueces del deber de completar las lagunas que pudieran existir aplicando los principios generales del ordenamiento jurídico europeo y nacional.

## **3. La facultad integradora de la cláusula abusiva**

La STJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10) -EDJ 2012/109012- se pronunció sobre la facultad integradora de la cláusula abusiva, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en el marco de un procedimiento monitorio en el que una entidad

bancaria reclamaba a un cliente una deuda derivada de un contrato de crédito al consumo. En concreto, se planteaba la compatibilidad de la facultad integradora del contrato por el Juez prevista en el artículo 83 del TRLGDCU respecto al artículo 6 de la Directiva 93/13 -EDL1993/15910- que expresamente prevé la no vinculación de la cláusula. En efecto, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/UE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores dispone que:

"Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas."

En su Sentencia, el TJUE establece que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el art. 83 LGDCU, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Por tanto, en el supuesto litigioso de aquella sentencia, el Juez de Primera Instancia podía y debía apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula relativa al interés de demora, pero lo que no podía hacer es modificar o moderar dicha cláusula sino que había de limitarse a declarar su nulidad. Advierte el TJUE que esta facultad moderadora o integradora contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen ni vinculen a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Con la declaración de esta Sentencia, el Juez no puede modificar ni integrar el contenido de una cláusula declarada nula por abusiva. Ello provocará que se destierre definitivamente la práctica judicial consistente en moderar las cláusulas abusivas en beneficio del predisponente. Las compañías que realicen contratación en masa deberán tener mucho cuidado en no incluir en sus contratos cláusulas que puedan considerarse abusivas, ante el riesgo de que éstas sean declaradas nulas y sin posibilidad de ser moderadas por el juez.

**Regla 8.** El juez no puede integrar la cláusula de interés de demora que ha declarado nula por abusiva (STJUE 14 junio 2012). Pero también se ha desterrado la práctica de anular una parte de la cláusula y dejar en pie la restante como hace la sentencia 8 septiembre 2011 del Juzgado Mercantil núm. 9 de Madrid con técnica



[www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)

sólo plausible para los predisponentes.

#### **4. La nulidad total del contrato**

Por último, tampoco se hace mención a la posibilidad que tiene el juez de declarar la nulidad total del contrato cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa, lo que sin embargo será posible en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 LCGC, extremo éste sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.