

Recepción: 18/08/2016

Aceptación: 18/09/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.22187/rfd201623>**Ana Isabel Blanco García** 

## Necesidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. Visión comparada con el régimen español



*Need for ex officio control of unfair terms in consumer contracts: comparative view of the Spanish system.*

*Necessidade do controlar de oficio as cláusulas abusivas nos contratos com consumidores. Estudo comparado com o sistema espanhol*

**Resumen:** Las autoridades europeas abogan por dotar al juez de mayores facultades para controlar ex officio la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados entre empresarios y consumidores. Una línea jurisprudencial incorporada en España, mejorando así la tutela y protección de los derechos e intereses de los consumidores. No obstante, países como Uruguay no contemplan esta posibilidad, impidiendo al juez realizar un control de contenido cuando no haya sido solicitado por las partes puesto que se cuestiona su anulación debido a la propia naturaleza de la nulidad. En el presente artículo analizamos las diferentes regulaciones de las cláusulas abusivas en los ordenamientos español y uruguayo.

**Palabras clave:** cláusulas abusivas, contrato de adhesión, control de oficio, nulidad de las cláusulas

**Abstract:** European authorities advocate for providing judges greater power to examine ex officio the abusive nature of the standard contract terms within a consumer contract. This line of reasoning in case-law has been introduced in Spain, thus improving the protection of consumers' rights and interests. However, countries like Uruguay do not consider this possibility, preventing judges from controlling

 Prof. Ayudante Doctor Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia.  
 [A.Isabel.Blanco@uv.es](mailto:A.Isabel.Blanco@uv.es)

*contents unless it is requested by the parties, since the annulment of a contract would be questioned due to the legal nature of nullity. In this paper, the different regulations of unfair contract terms in the Spanish and Uruguayan systems are discussed.*

**Key words:** *unfair contract terms, standard-form contracts, ex officio control, nullity of clauses*

**Resumo:** *As autoridades europeias defendem capacitar o juiz a examinar ex officio o carácter abusivo das cláusulas incorporadas nos contratos entre empresas e consumidores. A linha jurisprudencial adoptada em Espanha, melhorando a protecção dos direitos e interesses dos consumidores. No entanto, países como o Uruguai não tem esta possibilidade, impedindo que o juiz faça um controle de conteúdo quando não foi solicitada pelas partes. Neste artigo analisamos os diferentes regulamentos de cláusulas abusivas nos sistemas espanhóis e uruguaios.*

**Palavras chave:** *cláusulas abusivas, contrato de adesão, controle ex officio, nulidade de cláusulas*

## Background

El tráfico contractual contemporáneo, especialmente en las relaciones de consumo, se ha materializado a través de los denominados contratos de adhesión, siendo uno de los grandes inconvenientes de esta forma de contratación la inclusión de cláusulas de naturaleza abusiva, frente a las que los ordenamientos han dispuesto algunos medios de defensa. Por regla general en cualquier legislación nacional, los consumidores disponen de una acción judicial para demandar la nulidad parcial del contrato excluyendo del clausulado aquella disposición que se estime abusiva.

Sin embargo, a pesar de que los consumidores dispongan de este derecho, en ocasiones, bien por ignorancia del mismo, bien por encontrar dificultad para ejercitarlo, pueden no solicitar tal declaración aun cuando sea claro el carácter abusivo de la cláusula.

En efecto, una de las preocupaciones que ha sido objeto de debate doctrinal y jurisprudencial, tanto en Uruguay como en España, es la posibilidad de que el juez declare de oficio la nulidad de una cláusula por abusiva en caso de que la parte en su demanda, reconvención e, incluso, en la interposición de excepciones en el seno de un proceso monitorio, no solicite (ni se derive tácitamente de su *petitum*) la declaración de nulidad de una cláusula abusiva. Se trata de una cuestión nada baladí, pues las consecuencias que pudieran derivarse de la actuación de oficio por el juez pueden variar el sentido del proceso. Así es, como bien sugiere (Rodríguez, C., 2011, 633), el actor podría haber instado la apertura de un proceso judicial con el propósito de que el demandado cumpliera con lo estipulado en su clausulado. Ahora bien, si el juez de oficio declarase nulas tales cláusulas por abusivas, se entenderían por no puestas y dejaría de haber causa.

Así las cosas, mientras en Uruguay este debate sigue abierto, en España –y en general, en Europa– ha dejado de ser una cuestión tan controvertida, todo gracias a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), de la que se infiere que la teleología tuitiva que se invoca para lograr restablecer el equilibrio de la relación contractual justifica la intervención positiva de los jueces y tribunales ordi-

narios. En este trabajo trataremos de analizar y arrojar luz sobre una cuestión que, sin duda, afecta a la protección de los consumidores.

### Cláusulas abusivas

En el ordenamiento uruguayo, el régimen legal de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de adhesión con consumidores se recoge en los artículos 28 a 31 de la Ley N° 17.250, de Regulación de las Leyes de Consumo, siendo que su artículo 6 establece como derecho básico de los consumidores la protección contra las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En el mismo sentido, el artículo 31 *in fine* se refiere al control de inclusión de este tipo de cláusulas, señalando el derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas, debiendo el Juez limitarse a integrar el contrato, salvo que apreciara que, tras realizar dicha operación, el contrato careciera de causa, declarando en consecuencia la nulidad del propio contrato.

A tenor de ambos artículos –6 y 31–, cabe afirmar que el ámbito de aplicación de este control queda constreñido a aquellas cláusulas abusivas que han sido insertadas en un contrato de adhesión celebrado con un consumidor. De esta forma quedan al margen, en primer lugar, los contratos celebrados con otros comerciantes o proveedores y, en segundo lugar, los contratos con consumidores que no sean de adhesión, esto es, que su clausulado sea el resultado de una negociación entre las partes firmantes del mismo –aunque la intensificación del tráfico mercantil y comercial ha conllevado su uso generalizado, por lo que prácticamente la mayoría de los contratos suscritos por consumidores son contratos de adhesión–.

En esta línea también se regula el régimen de las cláusulas abusivas en el sistema jurídico español, donde la normativa europea, representada por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>1</sup>, (en adelante, Directiva 93/13/CEE) (Ebers, M., 2013), ha sido transpuesta al ordenamiento español a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación<sup>2</sup> (en adelante, LCGC), cuya regulación sobre cláusulas abusivas se completa con el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>3</sup> (en adelante, TRLGDCU), donde se encuentran reguladas las cláusulas abusivas en los artículos 80 a 91.

## Contrato de adhesión: concepto

Si bien la normativa española no define expresamente qué es un contrato de adhesión (en el marco de las relaciones de consumo), de su articulado se infiere que es aquel cuyas cláusulas han sido redactadas de forma unilateral por el empresario y puestas a disposición del consumidor (Vázquez De Castro, E., 2008, 658), quien se limita a aceptar o rechazar el contrato en conjunto, esto es, a adherirse al mismo. En los países anglosajones se utiliza la expresión “*take it, or leave it*”, reflejando claramente la limitación del papel del consumidor adherente. Por tanto, el resultado final es que las cláusulas del contrato no son negociadas individualmente. Esta ausencia de negociación es el reflejo del defectuoso funcionamiento del mercado en cuanto a protección de derechos de los consumidores refiere, permitiendo al predisponente, quien detenta una superioridad funcional, disfrutar de términos mucho más ventajosos (Emparanza Sobejano, A., 1994, 490-491).

El concepto de contrato de adhesión es un concepto global, semejante en (prácticamente) todos los ordenamientos jurídicos pero cuya regulación cobra una especial importancia en el ámbito de consumo. A diferencia de la norma española, la legislación uruguaya define esta noción. Así es, de conformidad con el artículo 28 de la Ley 17.250, un contrato de adhesión es:

aquél cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar sustancialmente su contenido. En los contratos escritos, la inclusión de cláusulas adicionales a las preestablecidas no cambia por sí misma la naturaleza del contrato de adhesión.

Por tanto, los elementos característicos de estos contratos son: la predisposición, la imposición y la generalidad.

Se entremezclan, pues, las nociones de contrato de adhesión con la de condiciones generales de la contratación, pues normalmente se sobreentiende que los primeros contienen las segundas. Pagador López, J. (1999) afirma que los contratos de adhesión ponen de manifiesto la imposición de los contenidos negociales por el predisponente, mientras que condiciones generales refieren a la predisposición del contenido contractual con el objetivo de aplicarlas a una pluralidad de contratos. Sin embargo, “condiciones generales de los contratos y contratos de adhesión acotan vertientes o dimensiones diver-

sas de un fenómeno único (la contratación uniforme), pero no dos realidades distintas”.

Ordoqui Castilla, G. (2000, 185) (1998, 386) señala acertadamente que el contrato de adhesión es aquel que estructuralmente se caracteriza por estar preformulado unilateralmente, ser general, abstracto, homogéneo y rígido, que no admite negociaciones. En definitiva, “designa una forma de contratar por la que una parte preformula e impone unilateralmente el contenido del contrato, sin que la otra parte tenga la posibilidad de modificar su texto”

Por tanto, los factores y elementos que debe tener en cuenta un tribunal para determinar si es un contrato de adhesión son:

- Si una de las partes tiene la totalidad o la mayor parte de la capacidad de negociación en relación con la transacción;
- Si el contrato ha sido elaborado por una de las partes sin negociación o discusión previa a la transacción;
- Si la contraparte (el consumidor) fue requerida solamente para aceptar o rechazar los términos del contrato en la forma en que fueron presentados;
- Si se le ofreció a la contraparte (el consumidor) la posibilidad de negociar el contenido contractual.
- Cualquier otra circunstancia fijada por la legislación

### **Una autonomía de la voluntad debilitada**

La contratación a través de esta clase de contratos con condiciones generales (Sánchez Calero, F., 1996, 307-333). ha supuesto un debilitamiento de la libertad contractual (Serra Rodríguez, A., 2002, 13) pues:

frente a las figuras contractuales clásicas en las que el principio de la autonomía de la voluntad tenía un campo de aplicación casi absoluto y en las que el contrato nacía del libre consentimiento de los contratantes, surgen en nuestro tiempo nuevas categorías contractuales que se caracterizan por un particular mecanismo de la formación contractual y por la debilitación de la sustancia consensual, que llega, en muchos casos, a anular casi de hecho la libertad de los contratantes.<sup>4</sup>

Así las cosas, se mantiene la libertad de contratar, pero queda restringida la libertad contractual.

La libertad de contratar supone que el consumidor es quien tiene la potestad de decidir si finalmente celebra o no el contrato con la entidad de cré-

dito, mientras que la libertad contractual, por su parte, hace referencia a la posibilidad del consumidor de fijar el contenido del acuerdo, es decir, de establecer las cláusulas que van a integrar el contrato, tal y como viene indicado en el art. 1255 del C.C. español. En sentido similar se pronuncia el Código Civil uruguayo (art. 1565). No obstante, este artículo también establece unos límites a esta libertad, concretados en la ley, la moral y el orden público.

A pesar de la pérdida de poder de negociación de los consumidores, la utilización de contratos de adhesión por parte de las entidades de crédito en la comercialización de sus productos obedece a motivos de racionalidad, economía y seguridad jurídica. Así se logra la optimización de los recursos de la empresa y la consiguiente mejora de su funcionamiento interno<sup>5</sup> (García Vila, M., 2006). Se afirma que son un:

instrumento de racionalización vía estandarización: reducen los costes de celebración y regulación de los contratos; favorecen la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial; facilitan la coordinación y hacen posible el cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que ofrece la empresa y contribuyen a la creación de un derecho supletorio y con ello a aumentar la seguridad jurídica de las transacciones (Alfaro Águila-Real, J., 2002 y Serra Rodríguez, A., 2005).

Por tanto, en esta economía moderna, las condiciones generales cumplen una función económica, puesto que, mediante su utilización, los empresarios pueden racionalizar sus operaciones comerciales al haber uniformado el contenido de todos los contratos. Además, como consecuencia directa de esta racionalización, se produce una reducción de los costes derivados de la negociación de dichos contratos.

### **El objeto de control**

De conformidad con la Directiva 93/13/CEE, se define cláusula no negociada individualmente como aquella que ha sido redactada previamente y sobre cuyo contenido no haya podido influir el consumidor. Nótese que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

En el ordenamiento jurídico español este concepto hay que interpretarlo en relación con el de “condición general de la contratación”, definido por el artículo primero de la LCGC –que transpuso a nuestro ordenamiento la citada Directiva– como:

cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Téngase en cuenta que esta Ley resulta de aplicación tanto a los contratos B2C (*Business to Consumers*) como a los contratos B2B (*Business to Business*). Regulación que se completa con la contenida en el TRLGDCU, en sus artículos 80 a 91, que recoge el concepto de cláusula abusiva y amplía a 29 las cláusulas que pueden ser consideradas abusivas –es lo que se conoce como lista gris–. Ahora bien, ambas nociones –condición general y cláusula abusiva– no son sinónimas, pues difieren en tanto en cuanto es posible encontrar condiciones generales tanto en contratos celebrados entre profesionales o empresarios como entre éstos y sus consumidores, mientras que el concepto de cláusula abusiva es más específico, circunscrito al ámbito de las relaciones con consumidores, normalmente integradas en contratos con condiciones generales o cláusulas predisuestas para un contrato individual (Lete Achirica, J., 2000).

Cuando estamos ante contratos de adhesión, las legislaciones establecen la necesidad de realizar un doble control: un control de incorporación y transparencia y un control de contenido, referidos en términos generales a la forma –redacción– y al fondo –contenido–, respectivamente. Ahora bien, debemos tener en cuenta que se excluye expresamente de estos controles las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias y las disposiciones y principios de los convenios internacionales, pues como acertadamente señala Alfaro, “estas cláusulas no pueden ser declaradas ineficaces al someterlas a control de contenido porque su legitimidad se basa en una norma legal y porque carecería de sentido ya que de ser declarada ineficaz habría que aplicar en sustitución de la misma la propia norma” (Alfaro Águila-Real, J., 1991, 116).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, se 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”. Este artículo hay que ponerlo en relación con el considerando nº 20, según el cual los contratos han de ser redactados de forma clara y comprensible debiendo el consumidor tener conocimiento de dichas cláusulas. A ello hay que añadir además la puntualización del artículo 3 respecto de las cláusulas abusivas, entendiendo que se considerará como tal cuando la cláusula no haya sido objeto de negociación individual<sup>6</sup> “si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Continúa el artículo diciendo que una cláusula no negociada individualmente es aquella que ha sido redactada previamente por el profesional y sobre la que el consumidor no ha podido influir acerca de su contenido, en especial en los casos en los que se inserten en contratos de adhesión.

Por un lado, el principio de buena fe constituye la guía para la conducta del empresario en todas las relaciones que entable con consumidores, puesto que, como predisponente, debe tener en cuenta las expectativas del adherente para la elaboración del contenido del contrato.

En la práctica, para considerar abusiva una cláusula, ésta debe ir en contra de las exigencias de la buena fe objetiva, entendida como un “comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico”<sup>7</sup>. Así pues, este principio de buena fe rechaza la posibilidad de que el predisponente, normalmente el comerciante, pueda aprovechar su situación de superioridad en la relación contractual. El Tribunal Supremo español se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el significado y alcance de este concepto, estableciendo que el principio de buena fe debe ser entendido como el “cumplimiento de reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida”<sup>8</sup>, es decir, se debe “dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales de los interesados”<sup>9</sup>.

Por otro lado, una parte de la doctrina (Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2000). sostiene que son condiciones generales –y, por tanto, susceptibles de ser abusivas– tanto las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato como las que regulan aspectos accesorios, por lo que deben estar sometidos a control de contenido. Sin embargo, otra parte de la doctrina (Recalde Castells, A., 2002 y Palau Ramírez, F., 2011) defiende que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato no son condicio-

nes generales en sentido legal, ya que no son cláusulas impuestas al haber existido un acuerdo individual, no debiendo por ello ser sometidas a control de contenido. Alfaro concluye que:

los contratos celebrados conforme a cláusulas predispuestas son contratos perfectamente normales en lo que se refiere a los elementos esenciales del contrato y requieren un régimen peculiar en lo que se refieren a las cláusulas predispuestas que se ocupan de los elementos no esenciales del contrato por lo que el control del contenido no se aplica a los elementos esenciales (Alfaro Águila-Real, J., 2008).

Finalmente, la jurisprudencia ha afirmado en reiteradas ocasiones que no se pueden excluir del control de abusividad aquellas cláusulas que regulen condiciones esenciales, sino que será necesario realizar un examen casuístico en aras de comprobar si realmente hubo o no negociación individualizada.

Asimismo, existen pronunciamientos del TJUE<sup>10</sup> que posibilitan un control material del eventual carácter abusivo de las cláusulas que refieren al objeto del contrato, por cuanto tampoco son objeto de negociación individual (Palau Ramírez, F., 2011) siendo que la falta de transparencia sobre este aspecto puede conllevar un desequilibrio y consiguiente perjuicio para el consumidor, causado por la alteración del valor de la oferta tal y como había quedado estipulada en la información proporcionada por el empresario en el momento de celebrar el contrato (Pertíñez Vílchez, F., 2004).

El TJUE señala en su Sentencia (considerando 76) que la apreciación del desequilibrio importante en detrimento del consumidor debe basarse en “un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si (...) el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”. Para saber si el desequilibrio ha sido causado aun atendiendo a las exigencias de la buena fe, “debe comprobarse que el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual”.

El Tribunal Supremo español también ha analizado reiteradamente el alcance y contenido de estos dos criterios, estableciendo, por un lado, que la buena fe hace alusión a la buena fe objetiva, esto es, al “comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico”<sup>11</sup>, así como al “cumplimiento de reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de la honradez, lealtad y fidelidad a la palabra dada

y a la conducta seguida”<sup>12</sup>. Por otro lado, establece que el desequilibrio debe causarle al consumidor un perjuicio importante y desproporcionado. Se trata, por tanto, de un desequilibrio jurídico entre los derechos y obligaciones de las partes (Marín López, M. J., (2013); González Pacanowska, I. (2009), no económico entre las prestaciones. En efecto, para considerar que se ha producido un desequilibrio importante hay que analizar si los derechos y obligaciones del consumidor se han limitado hasta el punto de que la entidad de crédito no pueda considerar –de buena fe– que éste hubiera consentido la inclusión de dichas cláusulas en el marco de una negociación individual.

Este Tribunal ha sido el encargado de conocer de los controles de incorporación y transparencia de cláusulas tan controvertidas como la cláusula suelo, en su Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo<sup>13</sup> (Cordero Lobato, E., 2013). (en adelante, SETS núm. 241/2013), pronunciándose a favor de la consideración de estas cláusulas, en la forma y términos en que se hayan redactadas, como abusivas por la falta de transparencia.

Se entiende, pues, que la transparencia se concreta en la comprensibilidad real de su importancia por parte del consumidor, asegurando que éste entienda la cláusula de forma individualizada y no enmascarada en la totalidad del contrato, sin diluir la realidad de sus efectos mediante el resto de cláusulas del contrato.

Por ejemplo, en lo que concierne al sector financiero y respecto de la Sentencia citada, aun cuando la parte actora alegaba como motivo para declarar la abusividad de la cláusula suelo la falta de reciprocidad con respecto a la cláusula techo<sup>14</sup>, el Tribunal Supremo<sup>15</sup> opta por apartarse de este criterio y fundamenta la falta de la transparencia de la cláusula en los siguientes aspectos, a saber:

- a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) La creación de la apariencia de que la cláusula suelo debe insertarse conjuntamente en todo caso con la cláusula techo en calidad de contraprestación.
- c) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) La falta de una información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.

Siguiendo con el ejemplo del ámbito financiero, el carácter abusivo de la cláusula suelo inserta en los contratos de préstamo hipotecario –uno de los mayores problemas de la actualidad española– deriva del incumplimiento del deber de transparencia impuesto a las entidades bancarias en la propia Orden de transparencia de 2011, pues los clientes afectados no fueron debidamente informados, con carácter previo a la conclusión del contrato, de la existencia de dicha cláusula –falta de transparencia– y, por ende, los efectos económicos que sobre el coste real del préstamo pudiera tener en caso de variaciones a la baja del índice de referencia empleado (en España, el Euribor). De lo que se trata, en definitiva, es que el consumidor quede plenamente informado de los derechos que le corresponden y de las obligaciones que pueden exigírsele, así como de las posibles repercusiones jurídicas de las cláusulas.

En consecuencia, todas aquellas cláusulas que finalmente y tras su análisis se consideren abusivas serán declaradas nulas, de acuerdo con el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, no vinculando al consumidor, pero siendo el contrato obligatorio para las partes en los mismos términos en caso de que pudiera subsistir sin aquéllas. Esta disposición imperativa pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y con base en este precepto, el juez nacional solamente puede dejar de aplicar las cláusulas consideradas abusivas, pero no puede integrarlas o moderarlas, pues deben ser tenidas por no puestas. Así pues, el contrato subsistirá, en aquellos casos en que sea posible, sin dicha cláusula.

### **Control *ex officio* ¿posible?**

Mientras en Europa han sido ya superadas las dificultades y dudas en torno a la competencia del juez para declarar de oficio la nulidad de una cláusula de un contrato de adhesión, en Uruguay el debate sigue candente, centrándose además en dos cuestiones: la primera, las implicaciones derivadas del carácter de orden público de la Ley 17.250 y, la segunda, la calificación del tipo de nulidad derivada de la declaración de abusividad.

### **El debate en el régimen uruguayo**

La legislación uruguayo no es unívoca en este asunto tan controvertido, encontrando dos posiciones confrontadas.

Por un lado, una posición doctrinal –encabezada por Pereira Campos y seguida también por Gamarra y Rodríguez– niega la facultad del juez de declarar de oficio la nulidad de cualquier cláusula alegando su naturaleza abusiva. Esta afirmación se sustenta en la propia redacción del precepto legal –artículo 31–, que establece que “la inclusión de cláusulas abusivas *da derecho al consumidor...*” (énfasis añadido), interpretándose en el sentido de una justicia rogada, a instancia de parte, que niega la posibilidad de que sea el operador jurídico quien analice y aclare dicha cuestión. Ello por cuanto cualquier actuación del juez que no haya sido solicitada por la parte violentaría el principio de congruencia.

Ahora bien, concluyen que “si la parte ejerce pretensión solicitando la declaración de nulidad de una o más cláusulas contractuales por abusivas, pero se funda en normativa diversa a la LRC, nada obstará a que si el juez considera abusiva la misma, declare su nulidad de conformidad al art. 31 de la LRC” (Rodríguez, C., 2011). Así es, de acuerdo con esta postura, no cabe vicio de incongruencia en aquellos casos en que dicha norma no haya sido invocada expresamente por las partes, siempre y cuando de su *petitum* y hechos alegados se infiera que dicha ley ampara aquello solicitado, permitiendo al juez aplicar la norma de relaciones de consumo de conformidad con el principio *iuranovitcuriae*. En otras palabras, aunque la parte no alegara la aplicación concreta y específica de la Ley 17.250 –en general, cualquier norma que regulara el régimen de cláusulas abusivas– pero sí solicitara la declaración de nulidad de una o más cláusulas por su carácter abusivo, el juez que conoce del asunto tendría la facultad de declarar de oficio dicha nulidad con base y fundamento en la Ley 17.250, pues lo importante es la invocación de los hechos y la pretensión de nulidad. *Sensu contrario*, en caso de que las partes no hayan invocado ninguna clase de nulidad ni de su demanda se desprenda tal pretensión, existirá incongruencia si el juez, de oficio, analiza y declara cualquier cláusula nula por abusiva.

Asimismo, aunque no se discute el carácter de orden público de la Ley 17.250 por haber quedado expresamente así configurado en el artículo primero de la Ley, debaten la incidencia del mismo respecto de la calificación del tipo de nulidad. En principio, entienden que su naturaleza como norma de orden público no significa que cualquier transgresión pueda ser invocada y declarada de oficio por el juez, sino que se trata de un límite a la potestad de los consumidores de derogar sus disposiciones con el propósito de proteger los intereses sociales que trascienden las relaciones jurídicas entre las partes (Rodríguez, C., 2011, 637). Ello significa que las partes no pueden pretender

soluciones contrarias a la norma, pero tampoco supone que el juez pueda aplicar la norma de oficio.

Concluyen que estamos ante una nulidad relativa, no absoluta. En primer lugar, estos autores traen a colación el artículo 1561 del Código Civil uruguayo, que regula la declaración de oficio de la nulidad absoluta cuando aparece de manifiesto. Gamarra entiende que debe tratarse de una cláusula visible, notoria, grosera o indiscutible. En este sentido señala que:

el juez puede declarar la nulidad, cuando ésta resulta de los elementos alegados y aprobados en el proceso; no tiene potestades para disponer una investigación (sin petición de parte) que conduzca a acreditar una nulidad que no surja del expediente. (...) el juez tiene el deber de declarar la nulidad absoluta, sin que se requiera solicitud de parte, cuando ésta surja de los elementos incorporados al juicio. No puede, por su propia iniciativa (de oficio) decretar medidas conducentes a demostrar la existencia de la nulidad absoluta (Gamarra, 199, 86).

En segundo lugar, en palabras de Gamarra, no se trata de una nulidad absoluta por cuanto el artículo 31 de la Ley 17.250 únicamente confiere legitimación activa al consumidor, lo que excluye la tesis de la nulidad absoluta (Gamarra, 199, 151). Precisamente, afirma que el propio artículo 31 de la Ley 17.250 simplemente alude a “nulidad”, siendo que las normas generalmente especifican cuándo se trata de nulidad absoluta.

Por otro lado, esta corriente doctrinal ha sido negada por otra que, guiada por Szafir, señala que la Ley 17.250 tiene carácter de orden público, de lo que se infiere el poder-deber del juez de declarar de oficio la nulidad de cualquier cláusula por abusiva aun cuando el consumidor no hubiese invocado tal pretensión. Es por ello que afirma que si estamos ante una norma de orden público, éste debe prevalecer frente a cualquier interés social, pues la existencia de cláusulas abusivas en un contrato es causa ilícita por contrariar una norma de tal naturaleza. Ante esta vulneración normativa, el juez queda habilitado para anular la cláusula controvertida, sustituyéndola por otra que restablezca el equilibrio en la relación contractual además de cumplir con el criterio de buena fe, aunque la parte nada haya solicitado.

Compartimos su postura contra aquel razonamiento que indica que “una cláusula abusiva no puede ser anulada de oficio, porque no aparece de manifiesto ya que no es visible, notoria, grosera o indiscutible y que el Juez no puede por su propia iniciativa decretar medidas conducentes a demostrar la

existencia de la nulidad absoluta”, pues “no puede ser aplicado con criterio de razonabilidad, cuando la cláusula surge del propio contrato agregado al expediente y su texto es claramente contrario a la norma prohibitiva consagrada en los artículos 30 y 31 de la ley de Relaciones de Consumo” (Szafir, D., 2014). Ello por cuanto la aparición de cláusulas abusivas es patente y refleja el desequilibrio existente entre empresario y consumidor.

Al respecto, Szafir niega la categorización de la nulidad como relativa por la redacción del artículo 31 de no especificar la legitimación activa del juez, pues ello no es óbice para que los restantes legitimados por el Código Civil puedan accionar este derecho, lográndose garantizar la efectividad de la medida tuitiva. En este sentido, el artículo 1561 del Código Civil dispone que el juez releve de oficio la nulidad absoluta cuando ésta aparece de manifiesto. Esta limitación del Código Civil supone que:

no puede alegar la nulidad quien le ha dado causa sabiendo o debiendo saber el vicio que invalidaba el acto: el legislador si opta por apartarse del CC debe hacerlo de forma expresa, en la medida en que el consumidor siendo parte en el contrato no podría invocar la nulidad de una cláusula abusiva, decayendo la efectividad de la tuición (Szafir, D. y Carretto, S., 2011).

A la vista de lo anterior, se observa que esta problemática es consecuencia de la diferente interpretación del contenido del artículo 31 de la Ley 17.250. Este precepto otorga al consumidor un derecho para exigir al juez competente la declaración de la naturaleza abusiva de la cláusula. Por tanto, es clara la legitimación activa del consumidor en este tipo de procesos. Sin embargo, el objeto de debate sigue siendo si establece una nulidad absoluta o relativa y si, en consecuencia, el juez queda legitimado para apreciar (de oficio) la naturaleza abusiva de las condiciones generales.

Así pues, mientras una parte de la doctrina y jurisprudencia realiza una interpretación restrictiva de este precepto y, a su vez, del principio dispositivo, otra corriente doctrinal realiza una interpretación, a nuestro parecer, más realista. Hablamos de realismo porque la finalidad de cualquier norma de consumo debería interpretarse, en caso de duda, a favor del consumidor. Ello con el propósito de garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva. Por tanto, la no exclusión del control judicial de la naturaleza abusiva de la cláusula permite entender que, si bien lo primordial sería que el consumidor solicitara dicho juicio declarativo, cabe que el juez analice el contenido contractual de forma que

se salvaguarden los derechos e intereses económicos de los consumidores.

### ¿La calma? En el régimen español (y europeo)

La jurisprudencia internacional europea establece claramente que la garantía de estos derechos e intereses pasa por una intervención positiva de los poderes públicos. Así lo recoge la Directiva 93/13/CEE, concretamente en su artículo 6. En efecto, deja en manos de los poderes públicos la labor de evitar que una cláusula abusiva vincule al consumidor, debiendo establecer mecanismos idóneos a este fin, además de disuadir a los empresarios de seguir utilizando tales estipulaciones.

No es una novedad que el TJUE realice una interpretación de la Directiva 93/13/CEE en sentido favorable al control de oficio<sup>16</sup> por el juez nacional de la naturaleza abusiva de una o varias cláusulas contractuales, aun cuando dicho control no haya sido instado por ninguna de las partes.

Así es, siguiendo con el ejemplo del ámbito financiero –sentencia que marcó un antes y un después en la interpretación de la nulidad y control de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo– D. José María Fernández Seijo, Juez de lo Mercantil de Barcelona que conocía del caso Aziz y que planteó la cuestión prejudicial, señaló que “el ordenamiento jurídico español en materia de consumidores se había asentado en normas claras en las que se recogían con precisión los derechos de los consumidores”(Fernández Seijo, J. M., 2013, 9) si bien la LEC solamente contemplaba el control de oficio de aquellas cláusulas de sometimiento a fueros ajenos al domicilio del consumidor, lo que suponía que la regulación de protección de los consumidores no encontraba su equivalente en materia procesal.

En este sentido y también en relación con la declaración de incompatibilidad entre la normativa europea y la normativa española relativa a la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria, cabe recordar que la posición del Tribunal de Justicia ya fue expuesta de forma lineal en relación a estas cuestiones. Así, encontramos un antecedente claro de esta Sentencia de 14 de marzo en la Sentencia de 14 de junio de 2012, en donde el TJUE censuró el funcionamiento del proceso monitorio.

En el proceso monitorio, al igual que sucedía en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la legislación en la materia no permitía al juez que conoce de la demanda en un proceso monitorio examinar de oficio –*in liminelitis*– ni en ninguna fase del procedimiento el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato celebrado con la entidad de crédito, en aque-



llos casos en los que el consumidor no hubiera formulado oposición. Sin embargo, para poder alegar la naturaleza abusiva de una cláusula contractual era necesario incoar un procedimiento declarativo separado del monitorio para ello, sin que este ulterior procedimiento tuviera influencia alguna sobre el monitorio, lo que redundaba en un perjuicio para el consumidor. Así pues, esta Sentencia de 14 de marzo “no es una resolución aislada, sino un escalón más en la tutela de los más débiles por parte del Tribunal de Luxemburgo” (Fernández Seijo, J. M., 2013).

Este control de oficio debe ser realizado por el juez “tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”<sup>17</sup>. Cuando apreciase la naturaleza abusiva de la cláusula, el juez español se abstendrá de aplicarla<sup>18</sup>. Asimismo, tiene la obligación de poner esta circunstancia en conocimiento de las partes, garantizándose el principio de contradicción, si bien “no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que se solicite se anule dicha cláusula”<sup>19</sup>.

En vista del desequilibrio existente entre las entidades de crédito y los consumidores, concluyó que debía ser posible que el juez ejerciera este control de oficio, definido como intervención positiva pero ajena a las partes para la restauración del equilibrio contractual entre la entidad de crédito y los consumidores, e independientemente de si el consumidor hubiera planteado oposición. Por tanto, de la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE se infiere que este control de oficio supone, además de una potestad del juez, un deber inherente a la función jurisdiccional. Esta interpretación, referida al ámbito financiero, resulta extrapolable a cualquier otro ámbito de consumo.

Esta interpretación jurisprudencial ha sido introducida en nuestro ordenamiento a través de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>20</sup>. Reforma<sup>21</sup> que habilita al juez, previa dación en cuenta del Letrado de la Administración de Justicia y siempre con carácter previo al requerimiento, para verificar la existencia de cláusulas abusivas y, en su caso, declararlas (de oficio) nulas<sup>22</sup>. Si bien *a priori* pudiera parecer que este control de oficio queda limitado a las cláusulas que fundamentan la deuda y no a cualesquiera otras que pudieran encontrarse en el contrato, debemos hacer una interpretación amplia en aras de garantizar la salvaguarda y protección de los derechos e intereses de los consumidores, permitiendo al juez comprobar todas las cláusulas del contrato.

Finalmente, cabe destacar que esta línea jurisprudencial del TJUE es aplicable no solo a los procedimientos de ejecución hipotecaria y monitorio, sino también al proceso concursal. Así es, en su sentencia de fecha 21 de abril de 2016, en el Asunto C- 377/14, *Ernst Georg Radlinger y Helena Radlingerová vs. Finwaya.s.*, establece también la necesidad de que el juez nacional compruebe si la información que ha de mencionarse en los contratos de crédito al consumo se ha hecho constar de forma clara y concisa, así como de analizar la posible abusividad de las cláusulas contractuales.

### **La nulidad como sanción a la abusividad**

Nótese que la nulidad de las cláusulas abusivas no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan en su totalidad, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia. En este sentido, se exige a las entidades de crédito que eliminen esta cláusula en la forma y modo en la que se utiliza y se abstengan de emplearlas en lo sucesivo. En consecuencia, se mantiene la vigencia de los contratos y su naturaleza vinculante para las partes en los mismos términos, pero ahora sin la cláusula declarada abusiva.

En estos términos se ha pronunciado el TJUE, declarando que el Juez carece, después de declarar la nulidad de la cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, de la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Así pues, en su Sentencia de 14 de junio de 2012<sup>23</sup>, declara que:

del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (punto 65).

Esta negativa tiene su razón de ser en la intención de evitar que los profesionales incorporen este tipo de cláusulas en todos sus contratos a sabiendas de que, llegado el momento, sería el juez quien integrara el contrato en lo que

fuese necesario, sin que ellos debieran aplicar medidas correctivas y preventivas de situaciones desequilibrantes y perjudiciales para los consumidores.

En consecuencia, en el ordenamiento español el juez queda imposibilitado para moderar las cláusulas, siendo que el contrato debe subsistir con la mera eliminación de la cláusula que haya sido declarada abusiva. Interpretación que también debiera ser de aplicación en el régimen uruguayo que, por su parte, guarda silencio ante esta cuestión de gran trascendencia.

## **Conclusión**

Si bien es cierto que la normativa uruguayo no favorece una interpretación que suponga la posibilidad de establecer este control de oficio por el juez, no lo es menos que las normas deben ser adaptadas –o al menos interpretadas– a las nuevas realidades y vicisitudes con el fin de cubrir las necesidades de tutela. Como acertadamente señala Szafir:

Incongruente sería interpretar la legitimación concedida al consumidor como derogatoria de los restantes legitimados y de la posibilidad de que el Juez, ante la violación clara y manifiesta de una norma prohibitiva deba ignorarla y permitir que siga vigente, si la parte a través de su asesor, no lo solicita de manera expresa (Szafir, D., 2014).

Piensen, por ejemplo, que si la declaración de abusividad de las cláusulas se limita a la demanda por parte del consumidor afectado, en todos aquellos casos en los que no solicitaran su anulación, las cláusulas continuarían siendo aplicables al consumidor y, en consecuencia, se mantendría o agravaría el desequilibrio entre el proveedor y el consumidor, no garantizando una tutela efectiva ni restableciendo el equilibrio que cabe respetar en toda relación contractual. Es por ello que, a nuestro parecer, debería entenderse que el juez también debe quedar legitimado o, más bien facultado, para declarar de oficio la nulidad de las cláusulas por abusivas.

## Referencias

---

- Alfaro Águila-Real, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*. Madrid: Civitas.
- Alfaro Águila-Real, J. (2002). Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación. En J. Alfaro Águila-Real. *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Civitas.
- Alfaro Águila-Real, J. (2008). *El control entre la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas*. Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil, Barcelona.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.) (2000). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Elcano (Navarra): Aranzadi.
- Cordero Lobato, E. (2013). Nulidad de las cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 6, 129-133.
- Ebers, M. (2013). Comparative Analysis. C. Unfair Contract Terms Directive (93/13). En H. Schulte-Nölke, T. Twigg-Flesner y M. Ebers. *Consumer Law Compendium* (341-350). Disponible en [http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy\\_part2c\\_en.pdf](http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part2c_en.pdf)
- Emparanza Sobejano, A. (1994). La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Mercantil*, 213, 490-491.
- Fernández Seijo, J. M. (2013). El alcance de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo sobre ejecución hipotecaria. *Món Jurídic*, 276, 9.
- Gamarra, J. (1990). *Tratado de Derecho civil uruguayo*. Tomo 16 (3º ed.). Montevideo: Fundación Cultura Universitaria.

- García Vila, M. (2006). *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho.
- González Pacanowska, I. (2009). Artículo 82. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*. (Real Decreto Legislativo 1/2007) (962-965). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson.
- Lete Achirica, J. (2000). Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir. *Actualidad Civil*, 2, 639.
- Marín López, M. J. (2013). La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (5), 35-43.
- Ordoqui Castilla, G. (1998). *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*. Montevideo: Del Foro.
- Ordoqui Castilla, G. (2000). *Derecho del Consumo*. Montevideo: Del Foro.
- Pagador López, J. (1998). *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. Madrid: Marcial Pons.
- Pagador López, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas contractuales pre-dispuestas*. Madrid: Marcial Pons.
- Palau Ramírez, F. (2011). Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (1)5, 125-147.
- Pertíñez Vílchez, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Recalde Castells, A. (2002). Cláusulas abusivas en contratos bancarios. En J. Alfaro Águila-Real. *Comentarios a la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Civitas.

- Rodríguez, C. (2011). Cláusulas abusivas en los contratos entre proveedores y consumidores: el juez carece de potestades para declarar de oficio su nulidad. En *XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Mercedes, 13-15 mayo 2011, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Sánchez Calero, F. (1996). Las condiciones generales de los contratos bancarios. En Sánchez Calero, F. *Contratos bancarios* (307-333). Madrid: Consejo General del Notariado.
- Serra Rodríguez, A. (2002). *Cláusulas abusivas en la contratación*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Serra Rodríguez, A. (2005). Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En M. J. Reyes López, *Derecho Privado de Consumo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Szafir, D. (2014). *Consumidores: análisis exegético de la Ley 17250*. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria.
- Szafir, D., y Carretto, S. (2011). Poder-deber del juez de declarar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación de consumo. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 41, 585.
- Uruguay. Ley N° 17.250. Disponible en <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp8358662.htm>
- Vázquez De Castro, E. (2008). El consumidor ante el predisponente en la contratación seriada. Aproximación desde el Derecho europeo y español. En J. Tomillo Urbina. *El futuro de la protección jurídica de los consumidores* (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, (658), Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

## Notas

- <sup>1</sup> DOL núm. 95, de 21 de abril de 1993. Esta Directiva cumple con la finalidad de dotar de una protección eficaz y más armonizada a nivel europeo a los consumidores de bienes y servicios contratados a través de contratos de adhesión. En este

sentido, se aproximan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas. Para una completa información de la Directiva 1993/13/CEE, véase Pagador López, J. (1998). *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. Madrid: Marcial Pons.

<sup>2</sup> España. BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

<sup>3</sup> España. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

<sup>4</sup> España. Audiencia Provincial de Lleida, Sec. 2ª. Sentencia núm. 35/2008, de 1 de febrero de 2008, FD 2º. (B.D. Westlaw, JUR 2008\138002).

<sup>5</sup> A favor, García Vila, M. (2006). *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales* (pp. 20-22). Valencia: Editorial práctica de derecho; Serra Rodríguez, A. (2005). Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En: Reyes López, M. J. *Derecho Privado de Consumo* (319). Valencia: Tirant Lo Blanch;

<sup>6</sup> “*La falta de negociación individual de las cláusulas financieras de las escrituras de préstamo hipotecario resulta no solo de la notoriedad general que exime a quien alega la circunstancia de la carga de su acreditación de conformidad con el artículo 251.4 de la LEC, sino de los propios términos en los que viene regulada dicha modalidad contractual en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuyo artículo 5 contempla la emisión por la entidad bancaria de una oferta vinculante, y cuyo artículo 7 concede al prestatario la facultad de examen durante tres días del proyecto de escritura, lo que revela sin lugar a dudas que la redacción de este recae sobre la entidad, sin posibilidad alguna de negociación de las cláusulas contenidas en el mismo*”. España. Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León. Sentencia núm. 6/2011, de 11 de marzo (B.D. Westlaw, AC 2011\179).

<sup>7</sup> Así lo entiende el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sus Sentencias núm. 914/1995, de 26 de octubre (B.D. Westlaw RJ 1995/8349), núm. 865/2000, de 2 de octubre (B.D. Westlaw RJ 2000/8131) y núm. 147/2001, de 22 de febrero (B.D. Westlaw RJ 2001/2609). Véanse también las SSTS, Sala de lo Civil, núm. 179/1998, de 20 de febrero (B.D. Westlaw RJ 1998/604), núm. 785/1993, de 23 de julio (B.D. Westlaw RJ 1993/6476) y núm. 959/1996, de 8 de noviembre

(B.D. Westlaw RJ 1996/7954).

<sup>8</sup> Véanse, entre otras, España. Tribunal Supremo Sala de lo Civil, núm. 179/2000, de 29 de febrero (B.D. Westlaw RJ 2000/812), núm. 718/2002, de 12 de julio (B.D. Westlaw RJ 2002/6047) y núm. 37/2003, de 30 de enero (B.D. Westlaw RJ 2003/2024).

<sup>9</sup> España. Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sentencia de 22 de marzo de 1994 (B.D. Westlaw RJ 1994/2564).

<sup>10</sup> La STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECR I-4785, concluye que no se opone a que una legislación nacional establezca, en aras de una mayor protección de los consumidores, el control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio y retribución y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aun cuando tales cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible. Sin embargo, el alcance competencial del TJUE queda limitado a “*la interpretación de las disposiciones de las mencionadas Directivas y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de estas disposiciones, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta tales criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso*”. Sobre esta Sentencia, véase, Cámara Lapuente, S. (2013), No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJE 3 Junio 2010 (*CAJA MADRID*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo. Documento encontrado en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/19.pdf>, consultado el día 30 de julio de 2016.

<sup>11</sup> España. Tribunal Supremo Sala de lo Civil, núm. 865/2000, de 2 de octubre (B.D. Westlaw, RJ 2000/8131) y núm. 147/2001, de 22 de febrero (B.D. Westlaw, RJ 2001/2609).

<sup>12</sup> España. Tribunal Supremo Sala de lo Civil, núm. 718/2002, de 12 de julio (B.D. Westlaw, RJ 2002/6047) y núm. 37/2003, de 30 de enero (B.D. Westlaw,



RJ 2003/2024).

<sup>13</sup> España. Tribunal Supremo, Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo (B.D. Westlaw, RJ 2013\3088).

Cordero Lobato, E. (2013). Nulidad de las cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 6, 129-133.

<sup>14</sup> Este criterio de abusividad encuentra su fundamento en el artículo 87 del TRLGDCU, que establece que serán abusivas aquellas cláusulas “*que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario*”. En contra de aplicar este criterio para determinar la naturaleza abusiva de la cláusula suelo, Castilla Cubillas, M. (2011). Sobre la abusividad de las cláusulas de “suelo” hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, 178-179.

<sup>15</sup> España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 241/2013, F.J. 13º, & 225.

<sup>16</sup> Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, Asunto C-618/10, Rec. P. I-0000), apartados 42 y 43 y de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Rec. p. I 4713, apartados 31 y 32.

<sup>17</sup> Considerando 41 de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo.

<sup>18</sup> Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Rec. p. I-4713, apartado 31; de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, Rec. p. I-10421, apartado 38; de 21 de noviembre de 2002, asunto *Cofidisy* de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941.

<sup>19</sup> Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 21 de febrero de 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt vs. CsabaCsipai, ViktóriaCsipai*.

<sup>20</sup> España. BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

<sup>21</sup> La modificación consiste en la introducción de un nuevo apartado 4 en el ar-

tículo 815 de la LEC que señala: “4. Si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el secretario judicial, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible. El juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador. De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas. Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el secretario judicial procederá a requerir al deudor en los términos previstos en el apartado 1. El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso”.

<sup>22</sup> Así queda expresamente recogido en la propia Exposición de Motivos, donde señala: “Por último, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil da cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10, donde, tras el examen de la regulación del proceso monitorio en España, en relación con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, declaró que la normativa española no es acorde con el derecho de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores, en la medida «que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio –in liminelitis ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición»”.

<sup>23</sup> Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito, S.A., y Joaquín Calderón Camino*.