

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXVIII

■ Núm. 2162

■ Enero de 2014



ESTUDIO DOCTRINAL

**EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y DE LA AUTONOMÍA
DE LA VOLUNTAD DEL CONSUMIDOR ANTE EL JUEZ
(COMENTARIO DE LA STJUE DE 30 DE MAYO DE 2013, ASBEEK
BRUSSE Y DE MAN GARABITO)**

RICARDO PAZOS CASTRO



ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-14-001-0

www.mjusticia.es/bmj

EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL CONSUMIDOR ANTE EL JUEZ (COMENTARIO A LA STJUE DE 30 DE MAYO DE 2013, ASBEEK BRUSSE Y DE MAN GARABITO)*

RICARDO PAZOS CASTRO

Investigador predoctoral de Derecho Civil (Universidad de Santiago de Compostela)

Resumen

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre la inclusión de un contrato de arrendamiento en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, profundiza en la obligación del juez nacional de controlar de oficio las cláusulas contractuales abusivas, y responde a la cuestión de si un juez nacional puede modificar una cláusula abusiva, en lugar de abstenerse de aplicarla, cuando un consumidor solicita que dicha cláusula se aplique, pero reducida en su contenido.

Abstract

The European Court of Justice takes a stand on the inclusion of a tenancy agreement under the scope of the Directive on unfair terms, delves into the national judge's obligation to control ex officio unfair contract terms, and answers the question of whether a national court may modify an unfair term, instead of refraining from applying it, when a consumer requests that clause to be applied, but limited in its content.

Palabras clave

Cláusulas abusivas, consumidor, cláusula penal, reducción de una cláusula contractual

Key words

Unfair terms, consumer, penalty clause, limitation of a contractual clause

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Las cuestiones prejudiciales.
 - 2.1. La inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de un contrato de arrendamiento.
 - 2.2. La obligación del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y sus consecuencias.
 - 2.3. La moderación por el juez del importe de una pena contractual prevista en una cláusula abusiva si así lo pide el consumidor.
3. Conclusiones.
4. Bibliografía.

* Fecha de recepción: 27-12-2013. Fecha de aceptación: 7-1-2014

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC: Anuario de Derecho Civil

Colum. L. Rev.: Columbia Law Review

EJCL: Electronic Journal of Comparative Law

ID: InDret. Revista para el Análisis del Derecho

LCLR: Lewis & Clark Law Review

Minn. L. Rev.: Minnesota Law Review

RDBB: Revista de Derecho Bancario y Bursátil

RDM: Revista de Derecho Mercantil

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLGDCU: 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

U. Pa. L. Rev.: University of Pennsylvania Law Review

1. INTRODUCCIÓN

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 30 de mayo de 2013 (Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito / Jahani BV, C-488/11, Rec. p. I)¹, el Tribunal vuelve a pronunciarse a propósito de la protección especial de la que son objeto los consumidores en el ámbito comunitario en materia de cláusulas abusivas, estableciendo la interpretación que ha de hacerse de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, la Directiva)², tanto sobre aspectos que ya fueron objeto de pronunciamiento por parte del TJUE en otros asuntos, los cuales son confirmados por el tribunal, como planteando nuevas dudas que también pueden relacionarse en cierta medida con cuestiones resueltas en otras sentencias más o menos recientes.

Más concretamente, las cuestiones prejudiciales que se plantean ante el TJUE tratan del ámbito de aplicación de la Directiva a los contratos de arrendamiento entre un arrendador profesional y un arrendatario que no tenga dicha condición, del control de oficio del tribunal nacional de las cláusulas abusivas en relación con el esquema procesal de doble instancia, y de la capacidad del juez nacional para alterar una cláusula contractual abusiva cuando el consumidor ha pedido expresamente la modificación de la misma y no su supresión.

Los hechos que dieron lugar al litigio en el que se plantean las mencionadas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia parten de la celebración de un contrato de arrendamiento de vivienda en el año 2007 entre una sociedad cuya actividad profesional consistía precisamente en ese tipo de arrendamiento, y dos personas, el sr. Asbeek Brusse y la sra. de Man

¹ No publicada aún en el repertorio oficial.

² DO L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29.

Garabito, que actuaban con fines estrictamente privados y por tanto tenían la consideración de consumidores a efectos de la Directiva, en virtud de su artículo 2, el cual contiene las definiciones de “cláusula abusiva”, “consumidor” y “profesional”³.

El citado contrato de arrendamiento estaba integrado, fundamentalmente, por unas condiciones generales redactadas por una asociación holandesa de profesionales de la propiedad inmobiliaria⁴, y entre ellas se encontraba una cláusula penal a propósito de la cual surge esencialmente la controversia. La cláusula en cuestión tenía la siguiente redacción:

“20.1: El arrendatario incurrirá en mora por el mero vencimiento de un plazo determinado.

20.2: En cada caso en que el arrendatario incurra en mora en el pago íntegro y dentro del plazo debido de una cantidad pecuniaria, adeudará un interés mensual del 1 % del importe adeudado como principal desde la fecha de vencimiento hasta la fecha de pago íntegro del principal. (...)

20.6: El arrendatario deberá abonar al arrendador una pena contractual directamente exigible de 25 euros por cada día natural en virtud del incumplimiento o la infracción de cualquier obligación derivada del presente contrato y de las condiciones generales anexas, sin perjuicio de su deber de ejecutar la obligación incumplida y sin perjuicio de otros derechos del arrendador a una indemnización por daños y perjuicios o de otra naturaleza. (...).”

La renta pactada al inicio del contrato, en el año 2007, ascendió a 875 euros mensuales, cantidad que fue actualizada según lo estipulado en el contrato a partir del 1 de julio de 2008, alcanzando los 894,25 euros mensuales. Los arrendatarios no atendieron a la actualización de la renta efectuada, y continuaron pagando la cantidad inicialmente convenida hasta el mes de febrero de 2009, en el cual abonaron sólo 190 euros, para posteriormente dejar de cumplir de manera total con sus obligaciones de pago. Ante tal situación, la sociedad profesional presentó una demanda en la cual solicitaba la resolución del contrato y la condena de los demandados al pago de 13.897,09 euros. Esta cifra resulta de sumar diferentes cantidades por los siguientes conceptos: renta arrendaticia, intereses contractuales ya vencidos, aumento de la renta por indexación, pena contractual por impago de la renta arrendaticia, pena contractual por impago del aumento de la renta por indexación y gastos extrajudiciales.

Las pretensiones de la sociedad fueron estimadas íntegramente en la sentencia dictada el 21 de octubre de 2009 por el *Rechtbank* (Juzgado de Primera Instancia) de Alkmaar⁵, ante lo cual los arrendatarios condenados interpusieron recurso de apelación ante el *Gerechtshof te Amsterdam* (Tribunal de Apelación). En su recurso de apelación los arrendatarios solicitaron la moderación de las cantidades establecidas en concepto de pena contractual, “atendiendo a la desproporción entre esas cantidades y el perjuicio sufrido por el arrendador”⁶.

En este contexto, el *Gerechtshof te Amsterdam* decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE tres cuestiones prejudiciales:

³ “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: (...) b) “consumidor”: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.

⁴ El *Raad voor Onroerende Zaken*, que se traduce por “Real Estate Council” en el texto en inglés de la sentencia, y como “Cámara de la propiedad inmobiliaria” en la versión en español.

⁵ Desde 1934, en los Países Bajos había diecinueve Tribunales de Distrito o de Primera Instancia. El de Alkmaar era uno de estos diecinueve tribunales. En 2011, el Consejo de Ministros holandés acordó remitir una propuesta a la Cámara Baja en la que se proponía reducir el número de estos tribunales de diecinueve a diez. El Tribunal de Distrito de Alkmaar resultaba afectado por la propuesta, ya que se proponía su integración en el Tribunal de Distrito de Noord-Holland, pese a lo cual la ciudad de Alkmaar seguiría siendo una de las sedes para las audiencias (“hearing locations”). La reforma que finalmente se ha llevado tiene efectos desde el 1 de enero de 2013, el número de Tribunales de Distrito se fija en once, y efectivamente el de Alkmaar se integra en el de Noord-Holland.

⁶ Sentencia Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 21.

La primera de ellas versa sobre el ámbito de aplicación de la Directiva. En concreto, sobre el hecho de si un arrendador profesional de viviendas, como es la sociedad demandante, que suscribe un contrato de arrendamiento de viviendas con un particular, puede calificarse como vendedor de bienes o prestador de servicios en el sentido de la Directiva; pues ello implicaría que quedasen comprendidos en el ámbito de la Directiva los contratos de arrendamiento entre un arrendador profesional y un arrendatario que no tuviera tal carácter.

La segunda cuestión prejudicial pretende saber si el artículo 6 de la Directiva⁷, que se refiere a la no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas, debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales con carácter de normas de orden público, de manera que la legislación nacional de transposición relativa a las cláusulas abusivas deba ser considerada también una norma de orden público. Al mismo tiempo, se pregunta al Tribunal de Justicia si en virtud de lo anterior el juez nacional, tanto en primera como en segunda instancia, está “facultado y obligado” a examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, aunque el consumidor no lo solicite, y a declarar la nulidad de dicha cláusula si llega a la conclusión de que es abusiva.

La tercera cuestión prejudicial se refiere al efecto útil del Derecho comunitario, concretamente a si se ajusta al mismo la actuación del juez que, en lugar de eliminar una cláusula abusiva, se limita a moderar el importe de la pena contractual en aplicación de la legislación nacional, cuando un particular ha invocado la facultad de moderación del juez, pero no la anulabilidad de tal cláusula.

2. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

2.1. La inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de un contrato de arrendamiento

Esta cuestión prejudicial pone de manifiesto una de las dificultades que han sido citadas por la doctrina al analizar el proceso de armonización en la Unión Europea, como es el amplio número de idiomas diferentes que coexisten en el territorio de la Unión⁸ y las dificultades para encontrar un término en cada idioma que refleje una misma realidad jurídica⁹. El Tribunal de

⁷ “1. 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.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”.

⁸ Tras la incorporación de Croacia a la Unión Europea el 1 de julio de 2013, ésta cuenta con 24 lenguas oficiales: alemán, búlgaro, checo, croata, danés, eslovaco, esloveno, español, estonio, finés, francés, griego, húngaro, inglés, irlandés (este idioma se convirtió en lengua oficial en 2007 pese a que Irlanda se había incorporado a las Comunidades Europeas en 1973, ya que en aquel momento el gobierno irlandés no había pretendido el reconocimiento del status de plena oficialidad para dicho idioma), italiano, letón, lituano, maltés, neerlandés, polaco, portugués, rumano y sueco. Hay que señalar, sin embargo, que pese al carácter oficial del irlandés, las instituciones de la Unión Europea no están sujetas a la obligación de redactar todos los actos en irlandés y a publicarlos en este idioma en el Diario Oficial de la Unión Europea hasta, al menos, el 1 de enero de 2017, en virtud del artículo 1 del Reglamento (UE) N° 1257/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 2005 (DO L 343 de 29 de diciembre de 2010, p. 5), por el que se prorrogan las medidas de inobservancia transitoria del Reglamento n° 1, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea, y el Reglamento n° 1, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, introducidas por el Reglamento (CE) n° 920/2005.

⁹ Cfr. Whittaker, S., “On the development of European contract terms”, *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, (editor H. Collins), Kluwer Law International, Alphen Aan Den Rijn, 2008, pp. 148-149. Al respecto de esta misma problemática, cfr. Heutger, V., “Legal language and the process of drafting the principles on a European Law of sales”, *EJCL*, Vol. 12.2, octubre de 2008; Onufrio, M. V., “Harmonisation of European contract law and legal translation: A role for comparative lawyers”, *ID*, n° 2, 2007; Van Erp, S., “Editorial - European Private Law: A European Standing Committee on Legal Terminology as a Next Step?”, *EJCL*, Vol. 9.2, julio de 2005; Van Erp, S., “Editorial - Linguistic Diversity and a European Legal Discourse”, *EJCL*, Vol. 7.3, septiembre de 2003.

Justicia constata esta circunstancia cuando señala que el ámbito de aplicación de la Directiva se encuentra en el artículo 1.1 de la misma¹⁰, pero que existen divergencias entre las diferentes versiones lingüísticas del mencionado precepto. La propia legislación holandesa aplicable en el litigio ha escogido un término cuyo alcance resulta más restringido que el de “profesional”, puesto que emplea el término “verkoper”, que se traduce como “vendedor”, por lo que su amplitud es menor incluso que la de la versión inglesa, que utiliza la expresión “seller or supplier” y por tanto incluye también al proveedor¹¹.

Sin embargo, las diferencias que puedan surgir al emplear palabras con diferente significado no implican necesariamente que el ámbito de aplicación de la Directiva sea también diferente, resultado que debe excluirse de raíz dadas las exigencias de la interpretación uniforme de los actos de la Unión. Como es sabido, dichos actos han de interpretarse teniendo en cuenta tanto la voluntad real de su autor como el objetivo perseguido por éste, pudiendo utilizar para determinar este último aspecto la terminología empleada en el resto de versiones adoptadas¹². Como consecuencia de ello, aunque el término escogido por un legislador nacional al transponer la Directiva no sea un equivalente de “profesional”, la definición que ha de hacerse del mismo será la que consta en el artículo 2 de la Directiva¹³.

Además, dice el TJUE, esta interpretación está respaldada por el considerando número 10 de la Directiva, que señala que las normas sobre cláusulas abusivas “deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor”¹⁴. Ello trae causa de la idea que subyace a la voluntad en el ámbito comunitario de proporcionar al consumidor una protección especial, pues se considera que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional, la cual se manifiesta, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en dos vertientes: la capacidad de negociación y el nivel de información¹⁵. Esta situación “le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”, según dice literalmente la jurisprudencia comunitaria¹⁶.

¹⁰ “El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”.

¹¹ La expresión “seller or supplier” de la versión inglesa está influida por el considerando número 9 de la Directiva, que utiliza la misma expresión en su versión inglesa, y en cuya versión en español puede leerse que “los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios”.

¹² Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 26.

¹³ “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: (...) c) “profesional”: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”.

¹⁴ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 29.

¹⁵ Sostiene Emparanza, A., (“La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, *RDM*, 1994, pp. 466 y 469) que el desequilibrio existente entre el consumidor y el empresario hace que el primero tenga una posición “pasiva” y deba plegarse a las condiciones impuestas por el otro. En el mismo sentido, cfr. Bueso Guillén, P.-J., (“Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores”, *RDBB*, 1995, pp. 659 y 660), que va más allá al afirmar que “la asimetría del poder económico entre el profesional y el consumidor” puede alcanzar “tanto el objeto del contrato como la equidad de las prestaciones” (es decir, a cuestiones cuyo carácter abusivo no se puede analizar, en virtud del artículo 4.2 de la Directiva). Cfr. también Kessler, F., (“Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract”, *Colum. L. Rev.*, nº 43, 1943, pp. 632), que alude a la situación de inferioridad de los adherentes en general, y por tanto no sólo a aquellos que además tengan la condición de consumidor. Sin embargo, también hay posiciones que consideran que el consumidor está mejor informado de lo que parece, señalando que busca asesoramiento, profesional o no, cuando carece de la información suficiente, porque es consciente de que “paga sus propios errores”. En este sentido, cfr. Epstein, R. A., “The neoclassical economics of consumer contracts”, *Minn. L. Rev.*, nº 92, 2008, pp. 803 y ss. Por otra parte, cfr. Hatzis, A. N., (“An offer you cannot negotiate: Some thoughts on the economics of standard form consumer contracts”, *Standard contract terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, [editor H. Collins], Kluwer Law International, Alphen Aan Den Rijn, 2008, p. 44), que opina que dentro de un mercado competitivo, el desequilibrio en el poder de mercado entre el consumidor y el empresario no implica necesariamente que el último pueda imponer cláusulas contractuales, ya que incluso una empresa con poder monopolístico depende de la elasticidad que tenga la demanda en el sector económico del que se trate, es decir, del grado de influencia que ejerzan las variaciones en el precio de un servicio o producto en el aumento o contracción de la demanda del mismo.

¹⁶ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 31. En el mismo sentido, sentencia del TJUE de 27 de junio de 2000 (Océano Grupo Editorial, S.A. / Rocío Murciano Quintero y Salvat Editores, S.A.; y Salvat Editores, S.A. / José M. Sánchez Alcón

Añade el Tribunal de Justicia que la necesidad de protección del consumidor es especialmente relevante en el ámbito de un arrendamiento de vivienda¹⁷, como el que se plantea en el caso enjuiciado. La conclusión de este tipo de contratos viene a cubrir una necesidad esencial de los consumidores, lo que implica que éstos suelen destinar una gran parte de su presupuesto familiar al pago de las obligaciones derivadas del contrato¹⁸.

Por todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva ha de interpretarse en el sentido de que dentro de su ámbito de aplicación se encuentran los contratos de arrendamiento de vivienda concluidos entre un arrendador que actúa en el marco de su actividad profesional y un arrendatario que actúa para fines ajenos a su propia actividad profesional, con la excepción contenida en el artículo 1.2 de la Directiva. En virtud de este último artículo, no están sometidas a la Directiva aquellas cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias de carácter imperativo previstas por el Derecho nacional, o disposiciones contenidas en convenios internacionales de los que sean parte los Estados miembros o la Unión Europea.

2.2. La obligación del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y sus consecuencias

La segunda cuestión prejudicial es dividida a su vez en dos cuestiones por el Tribunal de Justicia. Entiende el Tribunal que el órgano remitente pretende saber, en primer lugar, si el juez nacional tiene la obligación de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, y en segundo lugar, qué consecuencias debe deducir el juez nacional de la apreciación de ese carácter abusivo.

El primero de los dos puntos de esta cuestión prejudicial constituye una pregunta ya efectuada en numerosas ocasiones al Tribunal de Justicia, y la respuesta lógicamente no podía ser diferente de que lo viene siendo desde hace tiempo una jurisprudencia totalmente consolidada. Comienza el Tribunal recordando el principio fundamental según el cual las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor, como se establece en el artículo 6.1 de la Directiva¹⁹, artículo que se caracteriza por ser una disposición imperativa que no permite a los Estados miembros apartarse de ella, y cuyo fundamento es la voluntad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas²⁰.

Prades y otros, C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941), apartado 25; sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2006 (Elisa María Mostaza Claro / Centro Móvil Milenium, S.L., C-168/05, Rec. p. I-10421), apartado 25; sentencia del TJUE de 3 de junio de 2009 (Pannon GSM Zrt. / Erzsébet Sustikné Győrfi, C-243/08, Rec. p. I-4713), apartado 22; sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (Asturcom Telecomunicaciones S.L. / Cristina Rodríguez Nogueira, C-40/08, Rec. p. I-9579), apartado 29; sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid / Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios [Ausbanc], C-484/08), apartado 27; sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2010 (VB Pénzügyi Lízing Zrt. / Ferenc Schneider, C-137/08, Rec. p. I-10847), apartado 46; sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 (Jana Pereničová, Vladislav Perenič / SOS financ, spol. s r. o., C-453/10), apartado 27; sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012 (Nemzeti Fogasztóvédelmi Hatóság / Invitel Távközlési Zrt, C-472/10), apartado 33; sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito SA / Joaquín Calderón Camino, C-618/10, Rec. p. I), apartado 39; sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2013 (Banif Plus Bank Zrt / Csaba Csipai, Viktória Csipai, C-472/11), apartado 19; sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz / Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa [Catalunyacaixa], C-415/11), apartado 44; y sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013 (RWE Vertrieb AG / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., C-92/11), apartado 41. Las seis últimas sentencias aún no se encuentran recogidas en el repertorio oficial.

¹⁷ Sobre el ámbito de la vivienda y las implicaciones que tiene para los adherentes su posición de inferioridad, aunque más orientado a la adquisición de la misma y la constitución de una garantía hipotecaria, cfr. Smith, S., "Reforming the law of adhesion contracts: A judicial response to the subprime mortgage crisis", *LCLR*, nº 14, 2010, pp. 1035-1121.

¹⁸ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 32.

¹⁹ "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".

²⁰ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 38. En el mismo sentido, sentencia *Mostaza Claro*, apartado 36; sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, apartado 30; sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, apartado 47; sentencia *Pereničová y*

Con esta finalidad, sigue afirmando el Tribunal de Justicia que es precisa la intervención del juez nacional, por tratarse de un tercero ajeno a las partes contratantes cuya actuación positiva permite alcanzar el equilibrio real que se pretende. Así, el juez nacional no tiene una mera facultad de intervención en el contrato, sino que tiene una auténtica obligación de examinar el carácter abusivo de una cláusula contractual y pronunciarse al respecto en cuanto disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello²¹.

A continuación, el Tribunal explica los dos principios que han de presidir la intervención del juez nacional, articulada según las normas internas de los Estados, sobre la base del principio de autonomía procesal de los mismos. Este último ha sido puesta de manifiesto en varias ocasiones por el Tribunal considerando que su fundamento es la no armonización, en principio, del Derecho procesal, ya que no existe una competencia normativa general de la Unión Europea al respecto²². Los dos principios citados a los cuales se somete la intervención del juez son el de equivalencia, consistente en que la regulación aplicable a asuntos que entran dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario no debe ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares de naturaleza interna, y el de efectividad, que se manifiesta en la exigencia de que las normas nacionales no se articulen de tal manera que en la práctica hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario²³.

El Tribunal de Justicia enlaza el primero de los principios con lo ya dicho al respecto del artículo 6.1 de la Directiva, para concluir que dicho precepto, de carácter imperativo, supone una medida indispensable para que los consumidores consigan el adecuado nivel de protección que la Directiva pretende. Por consiguiente, siendo la consecución de dicha protección una cuestión de interés público, las normas que la articulan como el artículo 6.1 de la Directiva han de recibir en los Estados miembros la misma consideración que dispensan sus propios ordenamientos nacionales a las normas internas con carácter de orden público²⁴.

Por tanto, si las normas procesales internas permiten al juez examinar de oficio la validez de un acto jurídico, y en su caso declarar la nulidad del mismo, cuando puedan afectar a las normas internas de orden público se impone necesariamente que el juez nacional tenga la misma capacidad para analizar, cuando haya determinado que una cláusula contractual entra en el ámbito de aplicación de la Directiva, el carácter abusivo de dicha cláusula de acuerdo con a los criterios que la Directiva establece para ello. El juez declarará así, si procede, la nulidad de la cláusula en cuestión²⁵.

En lo que respecta a las consecuencias que debe deducir el juez nacional de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual, como segunda pregunta incluida en la segunda cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia enlaza su respuesta con la consideración relativa al principio de equivalencia al que se ha hecho referencia anteriormente. En este

Perenič, apartado 28; sentencia *Banco Español de Crédito*, apartado 40; sentencia *Banif Plus Bank*, apartado 20; y sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013 (Erika Jörös / Aegon Magyarország Hitel Zrt., C-397/11, Rec. p. I), apartado 25.

²¹ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartados 38 a 40.

²² Conclusiones del Abogado General en la sentencia *Banco Español de Crédito*, punto 58, con cita de diferentes resoluciones del TJUE como la sentencia de 16 de diciembre de 1976 (Rewe-Zentralfinanz eG, Rewe-Zentral AG / Landwirtschaftskammer für das Saarland, 33/1976, Rec. p. 1989), apartado 5, la sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 1976 (Comet BV / Produktschap voor Siergewassen, 45/1976, Rec. p. 2043), apartado 13, la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2001 (Courage Ltd / Bernard Crehan y Bernard Crehan / Courage Ltd y otros, C-453/1999, Rec. p. I-6297), apartado 29, la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2003 (Safalero Srl / Prefetto di Genova, C-13/01, C-13/01, Rec. p. I-8679), apartado 49, la sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007 (Unibet (London) Ltd y Unibet (International) Ltd / Justitiekanslern, C-432/05, Rec. p. I-2271), apartado 39, y la sentencia del TJUE de 8 de julio de 2010 (Susanne Bulicke / Deutsche Büro Service GmbH, C-246/09, Rec. p. I-07003), apartado 25.

²³ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 42. En el mismo sentido, sentencia *Banco Español de Crédito*, apartado 46; y sentencia *Banif Plus Bank*, apartado 26.

²⁴ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 44. En el mismo sentido, sentencia *Mostaza Claro*, apartado 38; sentencia *Pannon GSM*, apartado 31; y sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, apartado 52.

²⁵ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 53.

sentido, constata el Tribunal que en el Derecho nacional aplicable al litigio el juez puede anular de oficio una cláusula abusiva por ser contraria al orden público o a una norma legal imperativa, pero no cuando el consumidor no haya adoptado una actitud activa solicitando la nulidad de la cláusula controvertida.

Partiendo de esta consideración, y dado el carácter de norma imperativa del artículo 6.1 de la Directiva, se impone necesariamente que los Estados miembros garanticen que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores del mismo modo que garantizan que una cláusula contractual no surta efectos si es contraria al orden público estatal o se opone a normas imperativas²⁶.

A continuación, el Tribunal de Justicia señala que la interpretación que él mismo ha hecho en otras sentencias anteriores a propósito del artículo 6.1 de la Directiva²⁷ obliga a que el juez deduzca todas las consecuencias que según el Derecho nacional se deriven “de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor”. O, lo que es lo mismo, cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla sin tener que esperar a que el consumidor, una vez informado por el juez de la existencia de una cláusula abusiva, solicite la nulidad de la misma. El consumidor, no obstante, podrá pronunciarse expresamente en sentido contrario, es decir, oponerse a la supresión de la cláusula controvertida, en cuyo caso el juez deberá otorgar eficacia a la misma²⁸. Como recogió el Abogado General en sus conclusiones en la sentencia VB Pénzügyi Lízing²⁹, la posibilidad para el consumidor de renunciar a la protección que la Directiva de cláusulas abusivas le otorga, pidiendo expresamente que una cláusula abusiva le vincule, fue establecida por primera vez en la sentencia Pannon GSM; al señalar que la Directiva no impone al juez nacional “el deber de excluir la aplicación de la cláusula abusiva si el consumidor, tras haber sido informado al respecto, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula”³⁰. Esta afirmación fue reiterada posteriormente en la sentencia Banif Plus Bank³¹.

Sin embargo, el esquema expuesto en el párrafo anterior ha de entenderse sin perjuicio de las exigencias que plantea la tutela judicial efectiva, y, a propósito de ésta, el principio de contradicción. Dicho principio impone que el juez nacional que considere que una cláusula contractual es abusiva ha de informar a las partes en conflicto ofreciéndoles la posibilidad de establecer un debate contradictorio en el que puedan argumentar lo que consideren oportuno al respecto del carácter abusivo de la cláusula³². Al afirmar la obligación del juez de plantear a las partes la posibilidad de llevar a cabo un debate contradictorio, la sentencia Asbeek Brusse y de Man Garabito confirma su sentencia anterior *Banif Plus Bank*³³. Esta última fue la primera resolución en la que el Tribunal de Justicia indicó que el empresario debía ser oído a propósito de la cláusula que el juez considera abusiva antes de anular la misma. Pues, como entonces señaló el Tribunal, el principio de contradicción “no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión”³⁴.

²⁶ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartados 47 y 48.

²⁷ Se citan en este sentido la sentencia *Banco Español de Crédito*, apartado 63; y la sentencia *Banif Plus Bank*, apartado 27.

²⁸ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartados 49 y 50, con cita de la sentencia *Pannon GSM*, apartado 35; y la sentencia *Banif Plus Bank*, apartados 28 y 36. En el mismo sentido, sentencia *Jörös*, apartado 42.

²⁹ Conclusiones del Abogado General en la sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, punto 106.

³⁰ Sentencia *Pannon GSM*, apartado 33.

³¹ Sentencia *Banif Plus Bank*, apartado 27.

³² Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 52.

³³ Sentencia *Banif Plus Bank*, apartados 29, 31 y 36.

³⁴ Sentencia *Banif Plus Bank*, apartado 30.

Tras la argumentación precedente, el Tribunal de Justicia concluye que si el juez nacional está facultado para anular de oficio cláusulas contrarias al orden público o a normas nacionales imperativas, debe estar facultado para anular las cláusulas contractuales que tengan carácter abusivo a la vista de los criterios de la Directiva, de manera coherente con la naturaleza imperativa atribuida al artículo 6.1 de la misma, si bien antes de proceder a suprimir de la cláusula en cuestión tendrá que ofrecer a las partes la posibilidad de pronunciarse sobre dicha cláusula en el seno de un debate contradictorio³⁵.

2.3. La moderación por el juez del importe de una pena contractual prevista en una cláusula abusiva si así lo pide el consumidor

En la tercera cuestión prejudicial se pregunta al Tribunal de Justicia si es respetuosa con el efecto útil del Derecho comunitario la actuación de un juez nacional que se limite a la reducción de una pena contractual contenida en una cláusula abusiva y no la anule en su totalidad, en caso de que el consumidor solicite simplemente la moderación de la pena y no la supresión de la cláusula que la prevé. Esta cuestión prejudicial presenta una cuestión novedosa, pues a diferencia de las otras dos, el Tribunal de Justicia no cuenta con otras resoluciones anteriores en las que se trate específicamente la misma pregunta sobre la Directiva. Por eso argumenta su posición acudiendo al tenor literal de la misma e identificando el asunto resuelto en la sentencia *Banco Español de Crédito* como un caso cuya *ratio iuris* orienta la respuesta a dar en este asunto objeto del presente comentario.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia apunta al texto de la Directiva. Incide de nuevo en el artículo 6.1, pero esta vez en la segunda parte del mismo, la cual establece que los Estados miembros han de garantizar que el contrato celebrado entre el consumidor y un profesional siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si puede subsistir sin las cláusulas abusivas³⁶. El Tribunal sostiene que tal disposición ha sido interpretada de modo que “los jueces nacionales están obligados 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”, subsistiendo el contrato “sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas”, cuando ello sea posible en virtud de las normas internas³⁷.

El fundamento de la interpretación anterior descansa en una consideración que el Tribunal de Justicia llevó a cabo en su sentencia *Banco Español de Crédito*; como era que otorgar al juez la posibilidad de integrar el contrato implicaba reducir el efecto disuasorio que “ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores”³⁸. Esta reducción supondría actuar en contra de la finalidad de la Directiva, así como no cumplir con el deber que el texto impone a los Estados miembros en su artículo 7.1 de adoptar medios adecuados y eficaces para conseguir que las cláusulas abusivas desaparezcan de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores³⁹. Por todo ello, ha de sostenerse de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria que no resulta adecuado reconocer al juez nacional una facultad modificadora de las cláusulas abusivas de un contrato⁴⁰.

³⁵ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 53.

³⁶ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 56.

³⁷ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 57, haciendo referencia a la sentencia *Banco Español de Crédito*, apartado 65.

³⁸ Sentencia *Banco Español de Crédito*, apartado 69, con cita del auto del TJUE de 16 de noviembre de 2010 (*Pohotovost s. r. o. / Iveta Korčkovská, C-76/10, Rec. p. I-11557*), apartado 41. En el mismo sentido, sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2002 (*Cofidis SA / Jean-Louis Fredout, C-473/00, Rec. p. I-10875*), apartado 32; sentencia *Mostaza Claro*, apartado 27.

³⁹ “Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”.

⁴⁰ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 58, con cita de la sentencia *Banco Español de Crédito*, apartados 66 a 69.

Por consiguiente, la conclusión del Tribunal de Justicia es que el juez no puede reducir el importe de la cláusula penal cuando la cláusula en cuestión sea abusiva y el consumidor manifieste su voluntad en este sentido, sino que deberá limitarse a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor⁴¹. Esta exclusión tendrá lugar siempre que el consumidor, una vez que ha sido informado por el juez del carácter abusivo de la cláusula y de que el Derecho comunitario sólo le permite la aplicación o eliminación totales de la cláusula controvertida, y tras llevarse a cabo el debate contradictorio que ordenó la sentencia *Banif Plus Bank* y que confirma la sentencia objeto del presente comentario, no manifieste entonces su voluntad de que la cláusula se aplique plenamente.

Con una fundamentación más bien breve (de hecho, es la cuestión prejudicial a la que menos apartados dedica el TJUE en la sentencia) y con una argumentación aparentemente sencilla, se esconde sin embargo una cuestión compleja que permite una discusión más pausada que la efectuada por el Tribunal de Justicia y, a mi juicio, llegar a una conclusión contraria a la del propio Tribunal. En mi opinión, los argumentos dados por el Tribunal para responder a la tercera cuestión prejudicial no son correctos, y por ello considero conveniente valorar la *ratio iuris* expuesta.

Como se ha dicho, el Tribunal acude al texto de la Directiva buscando respaldar una interpretación gramatical de su artículo 6.1. Al establecer este precepto que los contratos seguirán subsistiendo en los mismos términos una vez suprimidas las cláusulas abusivas, si ello es jurídicamente posible, se niega cualquier posibilidad de modificación o corrección de la cláusula abusiva con la finalidad de su mantenimiento en el contrato. Pues bien, considero que a esta línea argumental se le pueden realizar dos críticas.

Por un lado, hay que recordar que el artículo 6.1 de la Directiva establece que las cláusulas abusivas “no vincularán al consumidor”, no estableciendo ninguna salvedad a esta regla para el caso de que aquél se oponga a la eliminación de la cláusula abusiva. Es decir, la facultad de oposición que tiene el consumidor a la exclusión de la aplicación de una cláusula una vez que el juez le informa del carácter abusivo que ha encontrado en ella, y que ha sido reiterada en diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴², no encuentra su base en la redacción de la Directiva. Al contrario, se encuentra en un principio cuya existencia es anterior a cualquier propuesta de dispensar una mayor protección a un colectivo considerado vulnerable, como es que la protección especial que una norma otorga a un sujeto (en este caso, un consumidor) no puede ser una protección impuesta, sino sólo una posibilidad renunciabile por el individuo en el ejercicio de su libre determinación. El hecho de liberar al consumidor de una protección impuesta ha sido visto como una ventaja por el Abogado General en sus conclusiones en la sentencia *VB Pénzügyi Lízing*⁴³.

Si el artículo 6.1 de la Directiva ha sido interpretado matizando su tenor literal con un principio que refleja la autonomía de la voluntad de la que dispone el consumidor, no alcanzo a ver cuál es el obstáculo que justifica impedir que esta autonomía sea respetada cuando el consumidor no quiere mantener la cláusula abusiva tal y como fue predispuesta, pero tampoco quiere eliminarla completamente, en aquellos casos en los que la naturaleza de la cláusula permita esta posibilidad. Esto es, si la cláusula abusiva atribuye la competencia a los tribunales de un lugar A, es lógico que el consumidor no pueda elegir modificar la cláusula en el sentido de otorgar la competencia a los tribunales de un lugar C que no se corresponden ni con los

⁴¹ Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito* apartados 59 y 60.

⁴² Sentencia *Pannon GSM*, apartado 35; Conclusiones del Abogado General en la sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, punto 106; Conclusiones del Abogado General en la sentencia *Banco Español de Crédito*, puntos 70 y 73; sentencia *Banif Plus Bank*, apartado 27; sentencia *Jörös*, apartado 41; y sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 49.

⁴³ Según las conclusiones del Abogado General en la sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, punto 106, “otra innovación aportada por la sentencia *Pannon* consiste en la aclaración de que el tribunal nacional tiene la posibilidad de aplicar la cláusula controvertida si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo de tal cláusula. La ventaja de este enfoque estriba en el hecho de que, de este modo, el tribunal nacional libra al consumidor de una protección impuesta y salvaguarda el objetivo tuitivo a través de información”.

del lugar A ni con los del lugar B que son designados por el Derecho dispositivo aplicable en defecto de pacto.

Sin embargo, una cláusula abusiva consistente en una pena convencional, como la que aparece en la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, en la cual se establece una cuantía a tanto alzado, no parece que conlleve excesivos problemas a efectos de conseguir su modificación. Si se analiza la cuestión teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal de Justicia al respecto, se llega a la conclusión de que el consumidor puede lo más (eliminar una cláusula contractual completa en contra de la voluntad teórica del empresario), pero no puede lo menos (reducir el contenido de una cláusula que por su naturaleza lo permita), opción que de cara a la voluntad e intereses de la otra parte en el contrato, el empresario, parece mejor que la total anulación de la cláusula abusiva.

En segundo lugar, ha de reputarse incorrecta la extrapolación de la solución en la sentencia *Banco Español de Crédito* al caso de la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, porque los hechos, con una pequeña diferente aparente, encierran una divergencia verdaderamente notable. Y es que en la sentencia *Banco Español de Crédito*, el Tribunal de Justicia niega la posibilidad de que una voluntad ajena a las partes, como es el juez, cree Derecho integrando el contrato. No es el caso de la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*. En esta última, si el juez nacional modificase la cláusula penal a petición del consumidor, no estaría llevando a cabo una integración contractual, sino aprobando o amparando una modificación contractual. Esta modificación tendría su fundamento bien en la voluntad individual del consumidor, al cual la sentencia *Pannon GSM* confiere el gran poder de decidir sobre la aplicación o supresión de la cláusula abusiva, bien en la voluntad común de las partes, si el empresario se mostrase de acuerdo con la modificación solicitada por el consumidor y, sobre todo, si a esta posición común se llegase en el marco del debate contradictorio que prescribía la sentencia *Banif Plus Bank* y que recoge la sentencia objeto de este comentario.

No puede olvidarse que cuando el juez nacional se encuentra ante una controversia surgida en un contrato entre un empresario y un consumidor, las exigencias del Derecho comunitario hacen que el empresario ya no se encuentre en una posición de superioridad sobre el consumidor ni en cuanto a poder de negociación ni en el nivel de información. Ya se ha dicho que el juez tiene el deber de actuar de oficio para analizar si una cláusula es abusiva, y dicha obligación se complementa con el deber de informar a las partes al respecto, especialmente indicando al consumidor que el Derecho comunitario dispone que las cláusulas abusivas no le vinculan salvo que él se oponga expresamente y señale que sí quiere verse obligado por ellas.

Ahora bien, la jurisprudencia comunitaria va más allá. No es solamente que el consumidor pueda oponerse a que la cláusula abusiva no le vincule, sino que el Tribunal de Justicia ordena al juez nacional respetar el principio de contradicción, imponiéndole la obligación de permitir que las partes se pronuncien sobre el carácter abusivo de la cláusula controvertida. Se establece así un debate contradictorio en el que no hay ninguna posibilidad de seguir estimando que el consumidor es una parte débil. En esta situación, no hay motivo para no considerar válida la opción de que las partes lleguen a un *contrarius consensus* respecto de la cláusula controvertida, manifestándose de acuerdo con la modificación de la cláusula inicialmente predispuesta, de modo que se respete la voluntad común de las partes.

Como ya se ha apuntado, la protección especial que recibe el consumidor parte de su posición de inferioridad respecto al empresario y de los peligros que se derivan de tal inferioridad. El aumento en la producción, la distribución y el consumo, es decir, la oferta y demanda en masa de bienes y servicios, requiere de un sistema de contratación también en masa, el cual sólo puede ser desarrollado mediante un ahorro del tiempo, los medios y la actividad empleados para llegar a acuerdos⁴⁴. Es decir, el mantenimiento del alto ritmo de actividad económica

⁴⁴ Cfr. Alfaro Águila-Real, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 29; García Amigo, M., *Condiciones Generales de los contratos*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969", pp. 13, 24 y 25; Pagador López,

no permite que un empresario y un consumidor se detengan a discutir los términos de un acuerdo, y se ha llegado a decir que el capitalismo ha desplazado al contrato individual, “evitando el regateo y la discusión parsimoniosa”⁴⁵. En definitiva, en la actualidad, como regla general, los consumidores no emplean su tiempo en negociar los términos de los contratos que celebran con los empresarios, sino que se limitan a adherirse a los términos contractuales que éstos predisponen e imponen a los consumidores, los cuales no tienen otras alternativas que aceptar dichos términos o no contratar. La protección especial que se otorga al consumidor se fundamenta en que este sistema de contratación puede generar situaciones no deseadas⁴⁶.

Sin embargo, el nacimiento de una controversia y las exigencias del principio de contradicción suponen que se frene el ritmo de la vida económica de los sujetos que se ven envueltos en él, al menos en lo relativo a esa concreta relación jurídica que suscita la controversia. Se produce así una detención para discutir una cláusula contractual que no puede tener lugar de manera apriorística en la contratación en masa. En este contexto, el debate contradictorio que estableció la sentencia *Banif Plus Bank* puede verse perfectamente como una posibilidad de renegociación entre las partes de la cláusula controvertida o incluso de modificación contractual. En este debate las partes no sólo pueden llegar a un acuerdo sobre la cláusula controvertida, sino que puede ser que de las alegaciones le surjan dudas al juez sobre otros términos contractuales, que también serían objeto de discusión, caso en el cual el empresario y el consumidor podrían hasta convenir el mantenimiento de unas cláusulas a cambio de la eliminación de otras. Siendo así, no cabe estimar que la posición de las partes al establecerse el debate contradictorio sea análoga a aquella que se observa en la contratación en masa y que se caracteriza por el desequilibrio entre las partes en cuanto a su poder de negociación del contenido del contrato.

En la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito* el consumidor solicita la reducción de la pena contractual. El juez nacional puede observar que la cláusula que fija dicha pena es abusiva, en cuyo caso la jurisprudencia comunitaria obliga a que se abra el debate contradictorio expuesto, puesto que el empresario podría alegar que la cláusula controvertida no es abusiva y convencer al juez nacional de ello. Si el consumidor manifestara tras el debate que su voluntad es reducir la pena contractual y el juez respeta esa decisión, no estaría integrando el contrato, sino respetando un convenio privado que podría avalar de manera similar a la homologación de una transacción, por ejemplo⁴⁷. En definitiva, considero que la alusión del Tribunal de Justicia a la jurisprudencia establecida en la sentencia *Banco Español de Crédito*, según la cual el juez nacional no tiene facultades integradoras, no guarda relación con el caso enjuiciado en la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*⁴⁸.

J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 34.

⁴⁵ Cfr. De Castro, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *ADC*, Tomo XIV, 1961, p. 299.

⁴⁶ Cfr. Alfaro Águila-Real, J., (*op. cit.*, p. 27), que señala que al estudiar las condiciones generales la doctrina parte de dos premisas aceptadas de manera general: por un lado, que las condiciones generales son un instrumento de racionalización del que las empresas no pueden prescindir dada la enorme actividad contractual existente hoy en día; por otro, que es necesario controlar las condiciones generales por los riesgos que conllevan. En la misma línea, cfr. García Amigo, M., (*op. cit.*, p. 14), quien señala que por un lado las condiciones generales implican una tendencia “socialmente saludable” de las empresas a racionalizar todos sus medios y, al mismo tiempo, que se prestan “a los abusos más injustos y criticables”. Cfr. también Calais-Auloy, J. / Steinmetz, F., (*Droit de la consommation*, 7^o ed., Dalloz, París, 2006, pág. 189), que tras afirmar que los contratos prerredactados son indispensables en un sistema de producción y distribución en masa y que presentan entre sus ventajas garantizar la rapidez y seguridad de las transacciones, afirman que tales contratos “son peligrosos para los consumidores”.

⁴⁷ Cfr. Ben-Shahar, O., (“Contracts without consent: Exploring a new basis for contractual liability”, en *U. Pa. L. Rev.*, Vol. 152, 2004, p. 1839), que explica que cuando los tribunales integran las lagunas contractuales las cláusulas adicionales no vinculan a las partes porque éstas las hayan consentido, que no lo han hecho, sino porque proporcionan una base racional para la obligación contractual.

⁴⁸ El hecho de que sea el consumidor quien solicita la reducción de la cláusula impide que este planteamiento, según el cual una cláusula abusiva puede ser reducida en su contenido, sea atacado con los argumentos esgrimidos para negar la posibilidad de lo que la doctrina denomina “reducción conservadora de la validez” o “nulidad parcial de cláusula” al respecto de las cláusulas contractuales nulas, es decir, una readaptación o reajuste de los términos contractuales nulos mediante el cual su contenido se ve reducido hasta la medida necesaria para preservar la supremacía de la norma infringida. Cfr. Alfaro Águila-Real, J., (*op. cit.*, pp. 403 y 435), que afirma que la validez de las condiciones generales se funda en que el contenido

Por último, ante el argumento de que la interpretación de la Directiva hecha por el TJUE en la sentencia *Banco Español de Crédito* impide que se vea reducido el efecto disuasorio de aquella, y que por ello ha de mantenerse tal interpretación y negar la facultad del juez para modificar el contenido de una cláusula abusiva, considero que es un argumento erróneo porque parte de una premisa equivocada: que es el juez quien modifica el contrato⁴⁹. El argumento que da el Tribunal de Justicia puede responderse fácilmente señalando que la reducción de los incentivos a los empresarios para que utilicen cláusulas abusivas no es una finalidad absoluta, sino que cede ante la libertad del consumidor para regular sus relaciones jurídicas de la manera que estime más oportuna, tal y como indica la propia jurisprudencia del Tribunal.

En mi opinión, darle la oportunidad al consumidor de oponerse a la supresión de una cláusula abusiva, como ordenó el Tribunal en la sentencia *Pannon GSM*⁵⁰, también podría reducir el efecto disuasorio de la Directiva, ya que las empresas seguirían incluyendo cláusulas abusivas en sus contratos con la esperanza de que el consumidor, informado por el juez del carácter abusivo de una cláusula, se opusiese a su anulación y optase por que la misma continuara rigiendo el contrato. Sin embargo, este incentivo sería extraordinariamente débil, porque el número de casos en los que un consumidor se opondrá a la eliminación de una cláusula abusiva será extremadamente reducido. Así lo considera también el Tribunal de Justicia, que no ha manifestado ningún temor en cuanto a la reducción del efecto disuasorio de la Directiva ni en la sentencia *Pannon GSM* ni en sus sentencias posteriores reconociendo al consumidor la posibilidad de oponerse a la eliminación de una cláusula abusiva. En mi opinión, tampoco ha de temerse por el efecto disuasorio de la Directiva si se permite la posibilidad de modificación de una cláusula contractual por el juez cuando las partes están de acuerdo en dicha modificación.

Creo que el Tribunal de Justicia se equivoca en la sentencia objeto del presente comentario al hablar de la facultad del juez para modificar una cláusula abusiva, porque del mismo modo que es el consumidor quien tiene la posibilidad de oponerse a la supresión de una cláusula abusiva según la jurisprudencia comunitaria iniciada con la sentencia *Pannon GSM*, es también el consumidor quien solicita la modificación de la misma. Esta solicitud tendrá lugar en un número de casos muy pequeño, ya que no puede sostenerse que lo habitual será que, informado el consumidor de que una cláusula es abusiva y de que no le vincula, aquél opte por pedir sólo la reducción de la misma y no su completa supresión.

La autonomía de la voluntad de las partes es el principio básico del Derecho contractual, de modo que la falta de una autonomía de la voluntad plena constituye el fundamento último de la protección especial que el ordenamiento comunitario reconoce al consumidor en materia

de las mismas sea remitible a una norma del ordenamiento, y no en la libertad contractual del adherente, y posteriormente sostiene que la reducción conservadora de validez no puede admitirse porque la cláusula resultante no sería remitible a una norma legal, sino simplemente compatible con el ordenamiento jurídico. Teniendo en cuenta las circunstancias de la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, puede deducirse que no se cumple la premisa para negar la posibilidad de reducción conservadora de validez, ya que el consumidor no se adhiere a unas condiciones generales, sino que es él mismo quien solicita la modificación de la cláusula. Por tanto, la validez de la cláusula modificada sí se fundaría en este caso en la libertad contractual del consumidor. A la misma conclusión que Alfaro llega Pagador López, J., (*op. cit.*, pp. 646-648), que justifica su posición mediante una argumentación diferente, siguiendo las razones esgrimidas por la doctrina alemana al respecto. De entre ellas deben ser destacadas el hecho de que no todas las condiciones generales ineficaces puedan ser objeto de reducción (el autor pone como ejemplo una cláusula de sumisión expresa), de lo que se deriva que hay cláusulas contractuales que por su naturaleza sí podrían serlo (como una cláusula penal como la que se encuentra en la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*), y que las condiciones generales no reflejan la voluntad de las partes.

⁴⁹ Es decir, reconocer al juez la posibilidad de reducir una cláusula contractual abusiva cuando así lo pide el consumidor no equivale a establecer una regla general similar a la que se contiene en el *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos, en cuyos artículos 2 (dedicado al contrato de compraventa) y 2A (sobre contrato de arrendamiento) se establece, como uno de los remedios de los que dispone el juez ante una cláusula abusiva o unconscionable, la posibilidad de que el juez limite la aplicación de la cláusula de manera que se evite cualquier resultado abusivo (Sección 2-302 en el caso de contratos de compraventa y Sección 2A-108 en el caso de arrendamientos). Este remedio también se recoge en el *Restatement (Second) of contracts*, Sección 208. A este respecto, cfr. American Law Institute, *Restatement of the law of contracts, Second, as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 17, 1979*, Vol. II, American Law Institute Publishers, St. Paul (Minnesota), 1981.

⁵⁰ Sentencia *Pannon GSM*, apartado 35.

de cláusulas abusivas. Y, como ya se ha expuesto, la protección especial que la Directiva otorga al consumidor es renunciabile según la jurisprudencia comunitaria. Teniendo en cuenta estas premisas, considero que no deberían ponerse obstáculos a la posibilidad de que el juez respete la voluntad de las partes de modificar una cláusula contractual como la que se recoge en la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito* cuando ya no se observe la posición de desequilibrio entre las partes y la autonomía de la voluntad del consumidor sea plena. Dicha posibilidad no supondría un incentivo para que las empresas continuasen utilizando cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

3. CONCLUSIONES

En cuanto a las dos primeras cuestiones prejudiciales, la respuesta del Tribunal de Justicia no presenta grandes problemas. La elección de los concretos términos en un idioma determinado no puede menoscabar el objetivo armonizador de la Directiva, de manera que las definiciones de consumidor y profesional en la misma no pueden restringirse. Por otra parte, es una jurisprudencia reiterada que el juez nacional debe analizar de oficio si una cláusula contractual es abusiva, por ser esta una cuestión de orden público. Es por eso que el juez nacional debe tener las mismas facultades en el ámbito del control de contenido en los contratos celebrados entre consumidores y empresarios que en el ámbito del control de la validez de un acto jurídico, cuando pueda ser contrario a las normas internas de orden público o de carácter imperativo.

Sin embargo, la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a la tercera cuestión prejudicial sí se presta a su discusión. La sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito* reduce considerablemente las enormes posibilidades que permite el debate contradictorio al que se ha venido haciendo alusión en este comentario, ya que al empresario le sirve únicamente para contrarrestar la opinión del juez sobre el carácter abusivo de una cláusula, y al consumidor para contestar a las alegaciones del empresario. Además, si el juez no cambia su opinión tras oír al empresario y sigue considerando abusiva la cláusula controvertida, el consumidor también podrá usar el debate contradictorio para manifestar su oposición a la exclusión de dicha cláusula y hacer así que la misma se mantenga. Aunque no es un logro pequeño, en mi opinión la sentencia objeto de comentario limita enormemente el avance que podría haber supuesto la sentencia anterior *Banif Plus Bank* al ordenar el establecimiento de un debate contradictorio. Este debate podría utilizarse como una negociación individual de las cláusulas contractuales, puesto que la autonomía de la voluntad del consumidor es plena y el acuerdo al que las partes llegasen eventualmente carecería de los peligros propios de la contratación en masa.

De esta forma, la mayor crítica que se le puede hacer a la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito* es que genera muchas dudas, a mi modo de ver, en cuanto al respeto a la autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación entre consumidores y empresarios. El principio que subyace a la protección especial otorgada a los consumidores es que éstos no tienen capacidad de influir en el contenido del contrato que celebran con los profesionales. Ello conduce a afirmar que la autonomía de la voluntad del consumidor no es respetada de manera plena y a protegerle de los peligros que esto genera, impidiendo que el profesional desequilibre de manera importante los derechos y obligaciones derivados del acuerdo en detrimento del consumidor. Sin embargo, una vez que el juez interviene y analiza la cláusula controvertida y concluye que es abusiva, informa de ello a las partes y se establece un debate contradictorio, desaparece cualquier desequilibrio en la información y el poder de negociación entre el consumidor y el empresario. El primero puede ejercer de manera plena su autonomía de la voluntad, desapareciendo, por tanto, el fundamento último de la protección especial en favor de la parte débil de la relación jurídica.

Por consiguiente, la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito* implica que una decisión del consumidor que es fruto del ejercicio de su autonomía de la voluntad plena no sea respetada. El consumidor presta un consentimiento absolutamente libre y voluntario al respecto de una cláusula cuya naturaleza permite una graduación, como es, en el caso recogido en la sentencia

objeto del presente comentario, la fijación de una pena contractual; pero tal consentimiento no es amparado por el Tribunal. Creo que esto sólo podría defenderse si se abandonase la idea de que la protección contra las cláusulas abusivas deriva de la falta de una plena autonomía de la voluntad para el consumidor, admitiendo que la razón de la mencionada protección es en realidad la atribución al Derecho dispositivo de un contenido de justicia. Si se asume esta última idea, se llega a la conclusión de que en los contratos entre un empresario y un consumidor que entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de cláusulas abusivas, el Derecho dispositivo deja de ser precisamente eso, dispositivo, para convertirse en un Derecho “conveniente” o “adecuado”, de modo que en este tipo de contratos no se admite una separación importante de la regulación modelo que establece el legislador. El carácter conveniente del Derecho dispositivo no es una cuestión nueva, sino que ya fue enunciada hace más de cincuenta años. Así, se dijo que el Derecho dispositivo, lejos de ser una regulación supletoria o para “auxilio de descuidados”, conforma la “regulación normal” y tiene por tanto un “cierto carácter imperativo”, ya que es el resultado de una ponderación de intereses de las partes realizada por el legislador y cumple una función ordenadora⁵¹.

La concepción según la cual la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas encuentra su razón fundamental en la dotación al Derecho dispositivo de un carácter de Derecho justo y deseable está fuertemente respaldada por la interpretación que se hace del inciso final del artículo 82.1 del TRLGDCU⁵², precepto que incorpora el artículo 3.1 de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁵³. En este sentido, para determinar si existe o no un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones contractuales de las partes, haciendo que la cláusula sea abusiva, no ha de llevarse a cabo un análisis económico. El desequilibrio no se comprueba comparando los derechos y obligaciones de las partes entre sí, como parecería indicar el tenor literal de la Directiva y del artículo 82.1 del TRLGDCU, sino en relación con el Derecho dispositivo, de modo que una cláusula es abusiva cuando supone una desviación importante, en perjuicio del consumidor, con respecto a los derechos y obligaciones que se establece en el mencionado Derecho. Así, el parámetro de comparación es “la regulación legal, entendida en sentido amplio de normas jurídicas”⁵⁴.

Es cierto que la propia Directiva respeta cualquier separación del Derecho dispositivo, por importante que sea, cuando tal separación es fruto de una negociación individual. Pero la realidad es que esta excepción carece de relevancia hoy en día, ya que las exigencias de la economía moderna hacen que la negociación individual no tenga lugar más que en supuestos muy extraordinarios, y respecto de un abanico de cláusulas muy reducido. La teoría sí permite decir que la Directiva ampara cualquier pacto que sea fruto de una negociación auténtica entre las partes, pero la realidad señala que lo cierto es que la Directiva no se opondría a una concepción en términos de estricta justicia, indicada por el Derecho dispositivo, de la protección especial dispensada a los consumidores. Precisamente, esta última concepción es la única que, en mi opinión, permite entender que la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito* limite las posibilidades del debate contradictorio, negando al juez la capacidad de reflejar una modificación contractual que pide el consumidor y que previsiblemente es mejor para los intereses del empresario que la simple y llana eliminación de la cláusula controvertida.

⁵¹ Cfr. De Castro, F., *op. cit.*, pp. 333 y 334.

⁵² “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”.

⁵³ “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas 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”.

⁵⁴ Cfr. Miquel González, J. M., “Comentario al art. 82”, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (director S. Cámara Lapuente), Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 741. En el mismo sentido, cfr. González Pacanowska, I., “Comentario al artículo 82”, *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, (coordinador R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 960 y 961.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the law of contracts, Second, as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 17, 1979*, Vol. II, American Law Institute Publishers, St. Paul (Minnesota), 1981.

BEN-SHAHAR, Omri, “Contracts without consent: Exploring a new basis for contractual liability”, *University of Pennsylvania Law review*, Vol. 152, 2004, pp. 1829-1872.

BUESO GUILLÉN, P.-J., “Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, 1995, pp. 653-681.

CALAIS-AULOY, J. / STEINMETZ, F., *Droit de la consommation*, 7° ed., Dalloz, París, 2006.

DE CASTRO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XIV, 1961, pp. 295-341.

EMPARANZA, A., “La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, pp. 461-504.

EPSTEIN, R. A., “The neoclassical economics of consumer Contracts”, *Minnesota Law Review*, nº 92, 2008, pp. 803-821.

GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones Generales de los contratos*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al artículo 82”, *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, (coordinador R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 955-981.

HATZIS, A. N., “An offer you cannot negotiate: Some thoughts on the economics of standard form consumer contracts”, *Standard contract terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, (editor H. COLLINS), Kluwer Law International, Alphen Aan Den Rijn, 2008, pp. 43-56.

HEUTGER, V., “Legal language and the process of drafting the principles on a European Law of sales”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 12.2, octubre de 2008.

KESSLER, F., “Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract”, *Columbia Law Review*, nº 43, 1943, pp. 629-642.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario al art. 82”, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (director S. CÁMARA LAPUENTE), Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 711-753.

ONUFRIO, M. V., “Harmonisation of European contract law and legal translation: A role for comparative lawyers”, *InDret*, nº 2, 2007.

PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

SMITH, S. "Reforming the law of adhesion contracts: A judicial response to the subprime mortgage crisis", *The Lewis & Clark Law Review*, nº 14, 2010, pp. 1035-1121.

VAN ERP, S., "Editorial - European Private Law: A European Standing Committee on Legal Terminology as a Next Step?", *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 9.2, julio de 2005.

VAN ERP, S., "Editorial - Linguistic Diversity and a European Legal Discourse", *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 7.3, septiembre de 2003

WHITTAKER, S., "On the development of European contract terms", *Standard contract terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, (editor H. COLLINS), Kluwer Law International, Alphen Aan Den Rijn, 2008, pp. 141-161.

