

14-5-2018

CONTROL DE TRANSPARÈNCIA DE LES CONDICIONS GENERALS DE LA CONTRACTACIÓ

Protecció de l'adherent front CGC

TREBALL FINAL DE GRAU

GRAU DE DRET – CURS 2017/2018

FRANCESC X. CAMPOR SEGURA

DIRECTOR: DR. LORENZO PRATS ALBENTOSA

CATEDRATIC DE DRET CIVIL

UAB

Universitat Autònoma
de Barcelona

CONTROL DE TRANSPARÈNCIA DE LES CONDICIONS GENERALS
DE LA CONTRACTACIÓ | FRANCESC X. CAMPOR SEGURA

Agraïment i admiració a tot el professorat de la Universitat Autònoma de
Barcelona que he tingut el plaer de conèixer en aquest camí que ha significat el
grau de Dret.

Principalment, a L. Prats Albentosa, director del present Treball Final de Grau
pel seu suport i impuls persistent.

RESUM

La contractació sota condicions generals requereix d'uns controls especials pel fet de que una de les parts, normalment gran empresari, aprofitant la seva posició de superioritat, imposa una determinada reglamentació sobre la relació contractual. Un d'aquests controls, que ha adquirit rellevància en els darrers anys, ha estat el control de transparència, de creació doctrinal i jurisprudencial a partir dels tipificats controls d'incorporació i de contingut de les condicions generals. D'especial importància és el control de transparència reforçat, el qual permet entrar a valorar el contingut de clàusules que afecten a elements essencials del contracte. La resposta que en els darrers anys ha donat la jurisprudència en relació al control de transparència s'ha d'analitzar en relació al control de contingut i la conseqüent possible declaració de nul·litat.

PARAULES CLAU

Condicions Generals de la Contractació	Protecció dels consumidors
Control d'incorporació	Control de contingut
Clàusules abusives	Control de transparència formal i material
Autonomia de la voluntat	Bona fe
Desequilibri de drets i obligacions entre les parts	Control de transparència reforçat
Claredat i comprensibilitat	Informació contractual
Informació precontractual	Formació defectuosa del consentiment

ÍNDEX

RESUM.....	2
PARAULES CLAU	2
ABREVIATURES	6
1. INTRODUCCIÓ	7
2. RÈGIM JURÍDIC	12
2.1. Dret Comunitari originari.....	12
2.1.1. Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea	12
2.1.2. TUE i TFUE.....	12
2.2. Dret comunitari derivat	15
2.2.1. Directiva 93/13.....	15
2.2.2. Directiva 11/83.....	17
2.3. Legislació d'àmbit estatal	19
2.3.1. Constitució Espanyola de 1978.....	19
2.3.2. LCGC (Arts. 5, 7, 8 i 10) i TRLDCU (Arts. 82 i 83).....	20
2.3.2.1. Incorporació a la legislació espanyola de la protecció del consumidor en relació al control de CGC.....	20
2.3.2.2. Control d'incorporació formal	21
2.3.2.3. Control de contingut material.....	23
2.3.2.4. Efectes de no traspasar els controls d'incorporació o de contingut	25
3. ESTUDI DOCTRINAL DEL CONTROL DE TRANSPARÈNCIA DE CGC	28

CONTROL DE TRANSPARÈNCIA DE LES CONDICIONS GENERALS
DE LA CONTRACTACIÓ | FRANCESC X. CAMPOR SEGURA

3.1. Qüestions prèvies i fonaments del control de les CGC.....	28
3.1.1. Legitimació de la utilització de CGC.....	28
3.1.2. L'autonomia de la voluntat en la contractació sota CGC i la necessitat de protegir a l'adherent	31
3.1.3. Distinció entre contractació en massa i d'adhesió	34
3.1.4. Àmbit d'aplicació del control de CGC.....	35
3.1.4.1. Àmbit d'aplicació objectiu.....	35
3.1.4.2. Àmbit d'aplicació subjectiu	37
3.1.5. Punt d'inflexió en referència al control de CGC i clàusules no negociades individualment: El control de transparència en la STS de 9 de maig de 2013.....	38
3.1.6. Diferència entre control de contingut i l'error/vici del consentiment	39
3.2. Control de transparència formal o gramatical.....	40
3.3. Control de transparència material de CGC	42
3.3.1. Control de contingut de CGC en la contractació amb professionals	42
3.3.2. Control de contingut per clàusules accidentals en la contractació amb consumidors	44
3.3.2.1. Bona fe en sentit objectiu.....	45
3.3.2.2. Desequilibri de drets i obligacions entre les parts.....	45
3.3.3. Control de transparència reforçat	47
3.3.3.1. Article 4.2 Directiva 93/13.....	47
3.3.3.2. Jurisprudència en relació al doble control de transparència.....	51

CONTROL DE TRANSPARÈNCIA DE LES CONDICIONS GENERALS
DE LA CONTRACTACIÓ | FRANCESC X. CAMPOR SEGURA

A) Lectura del text contractual.....	51
B) clàusules sorprenents.....	52
C) Circumstàncies tingudes en compte en la STS de 9 de maig de 2013 i marge de discrecionalitat del jutge	53
D) Formació personal del consumidor.....	54
E) Informació precontractual	55
3.4. Conseqüències de no traspassar el control de transparència reforçat	57
4. BREU REFERÈNCIA AL DEBAT SOBRE LA QÜESTIÓ EN ÀMBIT LEGISLATIU	59
5. CONCLUSIONS.....	61
BIBLIOGRAFIA	63
JURISPRUDÈNCIA CITADA	65
LEGISLACIÓ	66

ABREVIATURES

CC	Codi Civil de 24 de Juliol de 1889
CDFUE	Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea
CE	Constitució espanyola de 17 de Desembre de 1978
CGC	Condicions Generals de la Contractació
Directiva 11/83	Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'Octubre de 2011, sobre els drets dels consumidors
Directiva 93/13	Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'Abril del 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors
EEMM	Estats membres de la Unió Europea
LCGC	Llei 7/1998, de 13 d'Abril, sobre condicions generals de la contractació
PLITCP	Proposició de Llei d'impuls de la Transparència en la contractació predisposada, per la que es modifica el TRLDCU, la LCGC, la Llei 50/1980, de 8 d'Octubre, de Contracte d'Assegurances y el RDL 4/2015, de 23 d'Octubre, pel que s'aprova el text refós de la Llei del Mercat de Valors
STJUE	Sentència de Tribunal de Justícia de la Unió Europea
STS	Sentència del Tribunal Suprem
TFUE	Tractat de Funcionament de la Unió Europea
TJUE	Tribunal de Justícia de la Unió Europea
TRLDCU	Real Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de Novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei General per la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementaries
TS	Tribunal Suprem
TUE	Tractat de la Unió Europea
UE	Unió Europea

1. INTRODUCCIÓ

La concepció tradicional de la institució del contracte entesa com un acord de voluntats lliurement expressat entre les parts, pensada per contractes individualitzats, s'ha topat amb noves formes de contractació fruit de l'evolució econòmica i social arrel de la revolució industrial. La necessitat de les empreses de celebrar multitud de contractes homogenis a gran escala és la principal justificació de la necessitat d'utilitzar aquests nous tipus de contractació.

Es tracta de la contractació en massa, fonamentada aquesta en la predisposició del contingut per una de les parts, habitualment grans empreses, que impedeix la individualització que caracteritza el contracte tradicional. Les parts ja no tenen la mateixa força per negociar, l'empresari imposa i el consumidor ha d'acceptar si vol poder adquirir els diferents productes o serveis oferts, moltes vegades necessaris per la vida quotidiana (Ex.: Telèfon, aigua...), d'aquí la seva rellevància pràctica.

L'autonomia de la voluntat hauria de ser suficient per celebrar contractes justos o equilibrats en drets i obligacions. No obstant, a la pràctica, les empreses abusen de la seva posició de superioritat per imposar condicions desequilibrades o perjudicials per l'adherent. Precisament, són la citada imposició del contingut contractual junt a la confiança del consumidor en el mercat, les justificacions de la necessitat de controlar les clàusules predisposades en la contractació en massa.

Per tant, la contractació en massa és necessària pel bon funcionament de l'actual sistema econòmic i social, però requereix de controls per evitar contractes desequilibrats e injustos. Precisament, un dels elements que ens permet identificar si una determinada clàusula predisposada és justa, és la noció de transparència.

El present treball, tractarà d'exposar l'actualitat sobre el control de transparència que han de traspasar les clàusules predeterminades que es contenen en els contractes en massa, amb especial referència al control de transparència reforçat o doble control de transparència, creat i desenvolupat doctrinal i jurisprudencialment en els darrers anys i de gran importància per poder entrar a valorar el contingut de concretes CGC que afecten a elements essencials del contracte.

No obstant, abans d'entrar a examinar el control de transparència, s'exposarà, en primer lloc, quin és el règim jurídic aplicable en matèria de control de transparència de CGC. Començant per la font de dret jeràrquicament superior, el Dret comunitari originari, que mitjançant l'Art. 38 CDFUE exigeix que en les polítiques de la UE es garanteixi un nivell elevat de protecció dels consumidors. També, dins del Dret comunitari originari, en l'Art. 169.1 TFUE, sota el *Títol XV Protecció dels consumidors*, es senyala com finalitats de les polítiques i accions de la UE la promoció dels interessos dels consumidors i garantir un nivell elevat de protecció d'aquests.

Per garantir un nivell elevat i harmonitzat de protecció dels consumidors dins dels diferents Estats membre de la UE, el legislador comunitari ha establert dos cossos normatius rellevants, la Directiva 93/13 i la Directiva 11/83. La primera, fa referència a la protecció dels consumidors davant clàusules abusives, i la segona, atorga un seguit de drets als consumidors, de gran rellevància pel control de transparència, el dret a rebre informació precontractual i contractual clara i comprensible.

S'ha de destacar, que el legislador comunitari mitjançant l'Art. 4.2 Directiva 93/13, dins de la seva legitimitat, ha decidit que l'abusivitat de les clàusules predeterminades no es refereixi a elements essencials del contracte, excepte que dites clàusules no hagin estat redactades de forma clara i comprensible. Aquest precepte és de vital importància, perquè d'entrada no permet que es controli el contingut de determinades clàusules predeterminades per afectar a elements essencials del contracte, només permetent valorar l'abusivitat d'aquestes clàusules quan hagin estat redactades de manera obscura o incomprensible.

Tant el Dret comunitari originari com les diferents Directives mencionades, han de reflectir-se en la legislació estatal. En primer lloc, l'Art. 51 CE estableix com principi rector de la política social i econòmica la protecció dels consumidors, el qual informará la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics (Art. 53.3 CE).

CONTROL DE TRANSPARÈNCIA DE LES CONDICIONS GENERALS DE LA CONTRACTACIÓ | FRANCESC X. CAMPOR SEGURA

En segon lloc, d'acord a l'Art. 288 TFUE, les Directives han de ser transposades pels legisladors dels diferents Estats membre, obligant a aquests en quan al resultat que hagi d'assolir-se. El legislador espanyol a decidit regular la protecció dels consumidors en relació als contractes sota CGC en varis cossos normatius: la LCGC, aplicable amb caràcter general en contractes celebrats sota CGC; i el TRLDCU, aplicable només en contractes entre professionals i consumidors.

Ambdós textos normatius, amb la finalitat de protegir a l'adherent del possible abús del professional alhora de redactar el contingut contractual, estableixen dos tipus de controls: Per una banda, un control formal que implica que les CGC per quedar incorporades vàlidament al contracte han de complir amb alguns requisits formals; d'altra banda, un control material (contingut) que pretén expulsar, del text contractual, aquelles clàusules contraries a Dret o, en el cas de la contractació amb consumidors, aquelles que siguin abusives.

Una vegada examinat el règim jurídic aplicable al control de transparència de CGC, en el segon apartat del present treball i ocupant el cos central d'aquest, sota el títol "*Estudi doctrinal del control de transparència de CGC*", s'examinarà com s'ha aplicat i interpretat per la doctrina majoritària i la jurisprudència la citada normativa. S'ha de deixar clar, que el control de transparència, donada la seva falta de regulació específica pel legislador espanyol, és de creació merament jurisprudencial i doctrinal.

Aquest apartat central del present treball, s'inicia analitzant algunes qüestions prèvies relacionades amb la contractació sota CGC que s'han de tenir en compte abans de poder estudiar el control de transparència de CGC. Entre d'altres, la legitimació de la utilització d'aquest tipus de contractació i la imposició del contingut contractual que implica, com conseqüència, la necessitat de protecció de l'adherent mitjançant diferents controls legals.

Els controls legals als que fem referència són el control formal (requisits d'incorporació de CGC) i el control material (control del contingut de les clàusules predeterminades incorporades al contracte), ambdós regulats en la LCGC i en el TRLDCU.

No obstant, la STS de 9 de maig de 2013 va marcar un punt d'inflexió doctrinal en referència als controls de CGC, afegint un tercer control anomenat *control de transparència reforçat* o *doble control de transparència* per aquelles clàusules incorporades en contractes amb consumidors que afectaven elements essencials del contracte.

Després d'exposar les diferents qüestions prèvies al anàlisi del control de transparència de CGC, es passarà a l'estudi del mateix. En primer lloc, s'analitzaran els controls que venien aplicant-se abans de la STS de 9 de maig de 2013: El *control de transparència formal o gramatical*, el qual es basa en la simple aplicació dels requisits d'incorporació regulats en la LCGC; i el *control de contingut* només per clàusules predeterminades que afecten a elements accidentals del contracte.

En matèria de control de contingut, la voluntat del legislador espanyol ha estat l'establiment de diferents règims jurídics: Per una banda, un règim general, basat en el control general al qual està sotmesa qualsevol clàusula negociada (Art. 8.1 LCGC, el qual no afegeix res de nou a l'Art. 6.3 CC); d'altra banda, un règim específic, basat en un control d'abusivitat aplicable només quan l'adherent és un consumidor (Art. 8.2 LCGC, el qual ens remet al TRLDCU).

S'ha d'entendre que el control d'abusivitat té la finalitat de protegir al consumidor davant de la imposició de clàusules que no respecten les exigències de la bona fe, causant en perjudici del consumidor, un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts.

No obstant, el legislador estatal, alhora de regular el control d'abusivitat, no ha transposat de manera completa les Directives comunitàries, oblidant-se, conscient o inconscientment, de l'Art. 4.2 Directiva 93/13. En conseqüència, tenint en compte la LCGC i el TRLDCU, sembla que les clàusules predeterminades que afecten elements essencials del contracte estan fora de l'àmbit d'aplicació del control d'abusivitat.

Amb la finalitat de no deixar plenament desprotegit al consumidor davant les clàusules abusives que afecten elements essencials del contracte, la jurisprudència ha hagut de solucionar aquest defecte de transposició formal. Va ser el TS,

mitjançant la Sentència de 9 de maig de 2013, el que va afegir en base a l'Art. 4.2 Directiva 93/13 el *doble control de transparència* per intentar donar solució al problema.

Per tant, a partir de la referenciada Sentència, amb la finalitat de que el consumidor pugui conèixer la càrrega que suposarà el contracte després de la seva celebració, s'exigeix un plus de transparència a les clàusules predeterminades incorporades en contractes amb consumidors que afecten a elements essencials del contracte.

La rellevància pràctica del doble control de transparència esta fora de dubte, degut a que la conseqüència de no traspasar el control de transparència reforçat és l'obligació de que la clàusula predisposada, que en principi no podia ser objecte del control material per afectar a elements essencials del contracte, hagi de traspasar el control d'abusivitat i pugui ser declarada abusiva si no el traspassa.

Es marquen com objectius del present treball, l'estudi dels diferents controls que han de traspasar les CGC. Senyalant com motivació principal del treball, donada la seva rellevància pràctica en l'actualitat, l'anàlisi del doble control de transparència com resposta doctrinal i jurisprudencial a la defectuosa transposició de la Directiva 93/13 per part del legislador espanyol.

Per tal d'assolir els referits objectius, en el primer capítol s'examina el règim jurídic aplicable al control de transparència de CGC, a continuació, al segon capítol es realitza un estudi de la doctrina i jurisprudència en matèria de control de transparència, parant especial atenció al doble control de transparència, ocupant aquest el cos central del present treball. Un cop tractat l'anterior, en l'últim capítol es fa una breu referència a l'actual debat legislatiu en relació al control de transparència, fent un petit anàlisi de la Proposició de Llei d'impuls de la Transparència en la contractació predisposada presentada pel Grup Socialista en el "Congreso de los Diputados".

2. RÈGIM JURÍDIC

2.1. Dret Comunitari originari

2.1.1. Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea

El preàmbul de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea estableix en el paràgraf segon que,

“la Unió està fundada sobre els valors indivisibles i universals de la dignitat humana, la llibertat, la igualtat i la solidaritat”.

És precisament la *solidaritat* el valor que serveix de fonament a l’Art. 38 CDFUE, el qual sota l’epígraf de *protecció dels consumidors* disposa el següent:

“En les polítiques de la Unió es garantirà un nivell elevat de protecció dels consumidors”.

S’ha de tenir en compte, que el progrés social i els avenços tecnològics impliquen que cada vegada sigui més senzilla la lliure circulació de persones, mercaderies i capitals. En conseqüència, s’augmenta considerablement el nombre de relacions jurídiques entre consumidors i professionals mitjançant la contractació. Per tant, sorgeix la necessitat de reconèixer el principi de l’Art. 38 CDFUE (polítiques protectores en favor dels consumidors).

No obstant, la CDFUE, proclamada el 7 de desembre de 2000, no sempre ha tingut valor normatiu, no és fins l’entrada en vigor del Tractat de Lisboa, el dia 1 de desembre de 2009, que la Carta adquireix valor jurídic vinculant pels EEMM¹.

2.1.2. TUE i TFUE

El TUE i el TFUE son els dos Tractats que fonamenten la Unió, així ho preceptua l’Art. 1 TUE. El mateix article disposa que,

“els Estats membres atribueixen competències per assolir els seus objectius comuns”.

¹ Art. 6.1 TUE – “1. La Unió reconeix els drets, llibertats i principis enunciats en la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea de 7 de desembre de 2000, tal com va ser adaptada el 12 de desembre de 2007 en Estrasburg, la qual tindrà el mateix valor jurídic que els Tractats. (...)”.

Segons MANGAS MARTÍN:

“els Estats membres renuncien a exercir determinades competències concretes i traslladen l'exercici de la competència a les Institucions de la UE”².

Per tant, les Institucions de la UE no poden legislar si no tenen atribuïda la competència, això es coneix com el principi d'atribució de competències³.

No podem obviar que la raó d'existència del sistema d'integració europeu es fonamenta en uns valors comuns entre la UE i els seus EEMM, valors que son recollits en l'Art. 2 TUE: *Dignitat humana, llibertat, democràcia, igualtat, Estat de Dret i Respecte als Drets Humans*. Aquests són d'obligat compliment: Per una banda, el seu compliment es un requisit essencial per entrar a formar part del grup d'EEMM⁴; d'altra banda, d'acord a l'Art. 7 TUE el seu incompliment pot comportar pèrdua de drets, de prerrogatives i la pèrdua de l'exercici de vot en el Consell Europeu. En conseqüència, tota política, actuació o decisió que es dugui a terme, per les Institucions de la UE o els EEMM, hauria de respectar els valors enumerats, afectant per tant a la legislació en matèria de protecció del consumidor.

També, són rellevants els objectius generals de la UE, els quals actuen en benefici dels ciutadans, i justifiquen l'atribució de competències en favor de la UE. Els objectius que ha de perseguir la UE, i que afecten directa o indirectament les polítiques sobre protecció dels consumidors, són: La promoció dels valors i el benestar dels pobles de la UE; l'oferiment als ciutadans d'un espai de llibertat, seguretat i justícia; establiment d'un mercat interior i una unió econòmica; i perseguir els objectius d'acord a les seves competències.

² MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J; *Instituciones y Derecho de la UE*. 8ª ed. Tecnos, Madrid, 2014, p. 70.

³ Art. 5.2 TUE – *“En virtut del principi d'atribució, la Unió actua dins dels límits de les competències que li atribueixen els Estats membres en els Tractats per aconseguir els objectius que aquests determinen. Tota competència no atribuïda a la Unió en els Tractats correspon als Estats membres.”*

⁴ Art. 49 TUE – *“Qualsevol Estat europeu que respecti els valors mencionats en el article 2 i es comprometi a promoure'ls podrà sol·licitar l'ingrés com membre de la Unió (...).”*

Els citats objectius informen tota política de la UE, per tant, les normes emanades de les Institucions europees i dels mateixos EEMM no poden tenir un efecte negatiu per a la consecució dels citats objectius⁵. En aquesta direcció, l'Art. 12 TFUE disposa que, al definir-se i executar-se

“polítiques i accions de la Unió es tindran en compte les exigències de la protecció dels consumidors”.

Tenint en compte el principi d'atribució breument explicat en paràgrafs anteriors, per a que la UE pugui legislar en matèria de protecció del consumidor els EEMM han d'atorgar-li la competència. D'acord a l'Art. 4 f) TFUE, la protecció dels consumidors forma part de les competències compartides entre la Unió i els EEMM. En conseqüència, i d'acord a l'Art. 2.2 TFUE, la Unió i els EEMM poden legislar i adoptar actes jurídics vinculants en l'àmbit de la protecció dels consumidors, no obstant, els Estats només exerciran la competència en la mesura en que la UE no hagi exercit la seva.

Al ser la protecció dels consumidors una competència compartida, és aplicable el principi de subsidiarietat⁶, el qual implica que la UE només intervindrà en la mesura en que els objectius de l'acció pretesa no puguin ser assolits de manera suficient pels EEMM. Com veurem en els apartats següents, en matèria de contractació en massa, la Unió a tingut que intervenir en defensa dels consumidors, mitjançant varies Directives, perquè els Estats no ho han fet de manera harmonitzada, sinó que cada Estat regulava com creia convenient (és lògic que en un mercat interior, els consumidors tinguin uns drets mínims comuns).

Per últim, i més rellevant en matèria d'estudi, l'Art. 169.1 TFUE sota el *Títol XV Protecció dels consumidors*, estableix el següent:

“A fi de promoure els interessos dels consumidors i de garantir un nivell elevat de protecció dels consumidors, la Unió contribueix a

⁵ MANGAS/LIÑÁN. *Op. cit.*, p. 51.

⁶ Art. 5.3 TUE – “En virtut del principi de subsidiarietat, en els àmbits que no siguin de la seva competència exclusiva, la Unió intervindrà només en cas de que, i en la mesura en que, els objectius de l'acció pretesa no puguin ser assolits de manera suficient pels Estats membres, ni a nivell central ni a nivell regional i local, sinó que poden assolir-se millor, degut a la dimensió o als efectes de l'acció pretesa, a escala de la Unió.”

protegir la salut, la seguretat i els interessos econòmics dels consumidors, i també a promoure llur dret a la informació, a l'educació i a organitzar-se amb l'objectiu de preservar llurs interessos”.

Pel present treball, s'ha de destacar la importància dels interessos econòmics del consumidor i l'exercici del dret a la informació, degut a que el control de transparència té com finalitat protegir els interessos econòmics dels consumidors, basant-se en la informació real percebuda per aquests quan celebren un contracte amb un empresari. En la mateixa direcció, PRATS ALBENTOSA senyala la importància, dins del dret a la informació enunciat en el citat precepte, que té la “*informació precontractual*”⁷ respecte la confiança del consumidor alhora de contractar dins del mercat interior europeu, com veurem més endavant de gran importància pel control de transparència (veure en apartat 3.3.3).

2.2. Dret comunitari derivat

2.2.1. Directiva 93/13

La Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril del 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, és producte de la regulació insuficientment harmonitzada en matèria de consumidors per part dels EEMM. No obstant, suposa una regulació de mínims, la qual ha de ser transposada pels EEMM i complementada per assegurar una bona protecció dels consumidors en matèria de clàusules abusives.

D'acord a l'Art. 1.1 Directiva 93/13, precepte derivat de la finalitat d'harmonització de les disposicions normatives dels EEMM establerta en l'Art. 114 TFUE, la mateixa té el propòsit d'aproximar

“les disposicions legals, reglamentaries i administratives dels Estats membres sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats entre professionals i consumidors”.

⁷ PRATS ALBENTOSA, Lorenzo; “*La información precontractual como deber del oferente y derecho del consumidor (según la Directiva de Derechos de los consumidores 2011/83)*”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº56, 2014. <http://www.elnotario.es/tribuna-de-actualidad/86-secciones/opinion/opinion/3814-la-informacion-precontractual-como-deber-del-oferente-y-derecho-del-consumidor> [visitat el 26/03/2018].

Afegeix l'Art. 2 Directiva 93/13 varies definicions rellevants:

- Consumidor: *“Tota persona física que, en els contractes regulats per la present Directiva, actüi amb un propòsit aliè a la seva activitat professional”*.
- Professional: *“Tota persona física o jurídica que, en les transaccions regulades per la present Directiva, actüi dins de l'àmbit de la seva activitat professional, ja sigui pública o privada”*.

Per la seva part, l'Art. 3.1 Directiva 93/13 estableix que es consideraran clàusules contractuals abusives aquelles que:

“no s'hagin negociat individualment si (...) causen en detriment del consumidor un desequilibri important entre els drets i obligacions de les parts que es deriven del contracte”.

El mateix precepte, en el segon apartat, disposa que:

“es considerarà que una clàusula no s'ha negociat individualment quan hagi sigut redactada prèviament i el consumidor no hagi pogut influir en el seu contingut, en particular en els contractes d'adhesió”.

No obstant, s'aclareix que, el fet de que certs elements d'una clàusula o que una clàusula aïllada s'hagi negociat individualment no implica que la resta del contracte hagi sigut igualment negociat.

L'Art. 4 Directiva 93/13 preceptua que per declarar el caràcter abusiu d'una clàusula s'ha de tenir en compte *“la naturalesa dels béns o serveis que siguin objecte del contracte”*, aquelles *“circumstancies que concorrin en la seva celebració”* i *“les demés clàusules del contracte, o d'un altre contracte del que depengui”*.

L'apartat segons del mateix precepte ha produït polèmica amb la legislació estatal, aquest estableix el següent:

“l'apreciació del caràcter abusiu de les clàusules no es referirà a la definició de l'objecte principal del contracte ni a la adequació entre

preu i retribució, per un part, ni als serveis o béns que hagin de proporcionar-se com contrapartida, per l'altre, sempre que dites clàusules es redactin de manera clara i comprensible”.

La polèmica deriva de que el legislador espanyol no ha transposat el citat precepte, però com analitzarem més endavant (veure apartat 3.3.3.1) els Tribunals han aplicat l'excepció final del precepte per obrir la possibilitat de declarar la nul·litat per abusives d'algunes clàusules que afectaven a elements essencials del contracte (Ex.: Clàusules sòl).

2.2.2. Directiva 11/83

Una altra intervenció de la UE en matèria de consumidors, és la Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2011, sobre els drets dels consumidors, la qual té per objecte, a través d'aconseguir un nivell elevat de protecció dels consumidors,

“contribuir al bon funcionament del mercat interior mitjançant l'aproximació de determinats aspectes de les disposicions legals, reglamentaries i administratives dels Estats membres sobre contractes celebrats entre consumidors i comerciants”⁸.

Segons PRATS ALBENTOSA,

“a través d'aquesta Directiva es pretén construir, sobre bases substancialment més sòlides, el mercat interior europeu, mitjançant l'aproximació de les legislacions dels EEMM (Art. 114 TFUE) en el que respecte al règim de drets i deures de les parts en les relacions d'intercanvi de béns i serveis pel consum, i d'acord amb un estàndard regulador que implica una alta protecció dels consumidors (Art. 169 TFUE)”⁹.

⁸ Art. 1 Directiva 2011/83.

⁹ PRATS ALBENTOSA. *Op. cit.*

La Directiva 11/83, amb la finalitat de protegir al consumidor, atorga a aquests un seguit de drets, o el que és el mateix, deures pel professional. Entre tots aquests drets s'ha de destacar, a efectes del present treball, el dret a rebre informació (Arts 5 i 6 Directiva 11/83), el qual implica que, abans de celebrar-se el contracte, el comerciant ha de *“facilitar de forma clara i comprensible al consumidor”* la informació suficient per poder valorar si l'interessa celebrar el contracte.

S'ha de tenir en compte, que de rebre una adequada informació, dependrà de que es pugui atorgar un consentiment raonat i realment verdader sobre el contingut contractual. No obstant, dita afirmació serà tractada detalladament més endavant en aquest treball (veure apartat 3.3.3.2).

Igual de rellevant és el Art. 25 Directiva 11/83, el qual estableix que:

“si la legislació aplicable al contracte és la d'un Estat membre, el consumidor no podrà renunciar als drets que li confereixin les disposicions nacionals de transposició de la present Directiva. Tota disposició contractual que exclouï o limiti directa o indirectament els drets atorgats per la present Directiva no vincularà al consumidor”.

En conseqüència, el dret d'informació que atorga la Directiva 11/83 als consumidors es irrenunciable, i si una clàusula contractual limita o exclou aquest dret es tindrà com no posada (el contracte subsistirà en les demés disposicions sempre que sigui possible).

Les dos Directives analitzades (Directiva 93/13 i Directiva 11/83), al igual que tota Directiva de la UE, d'acord a l'Art. 288 TFUE:

“obligarà a l'Estat destinatari en quan al resultat que hagi d'assolir-se, deixant (...) a les autoritats nacionals l'elecció de la forma i els mitjans”.

Per tant, les Directives han de ser transposades pel legislador estatal amb la finalitat d'harmonitzar les diferents legislacions dels EEMM. Es tracta d'assolir el resultat establert per la Directiva amb els mitjans legislatius escollits pels Estats. A

primera vista, sembla que no comporti gaires complicacions, no obstant, LIÑÁN NOGUERAS senyala que:

“el problema de fons apareix bàsicament en els supòsits en els que no es procedeix a la seva transposició en els terminis previstos o quan aquesta operació es realitza de forma incomplerta o incorrecte per part de l'Estat”¹⁰.

Com veurem en el apartat corresponent al control de transparència, el legislador espanyol no ha transposat correctament alguns aspectes de les Directives, situació que ha produït conflictes doctrinals en relació al control de contingut de CGC quan aquestes afecten a elements essencials del contracte.

2.3. Legislació d'àmbit estatal

2.3.1. Constitució Espanyola de 1978

La CE, dins del capítol tercer, sota la rubrica “*dels principis rectors de la política social i econòmica*”, estableix en l'Article 51.1 que,

“els poders públics garantiran la defensa dels consumidors i usuaris, protegint, mitjançant procediments eficaços, la seguretat, la salut i els legítims interessos econòmics dels mateixos”.

L'apartat segon del mateix precepte disposa que:

“els poders públics promouran la informació i l'educació dels consumidors i usuaris, fomentaran les seves organitzacions o escoltaran a aquestes en les qüestions que puguin afectar a aquells, en els termes que la llei estableixi”.

En conseqüència, d'acord al principi de defensa dels consumidors establert en la CE, els poders públics son els encarregats de garantir la defensa dels consumidors i usuaris, protegint els interessos econòmics d'aquests. A més, son responsables de promoure la informació rellevant en matèria de protecció dels consumidors i de fomentar les organitzacions de consumidors, sempre d'acord a les lleis.

¹⁰ MANGAS/LIÑÁN. *Op. cit.*, p. 382.

Com es tracta d'un precepte contingut en el capítol tercer del títol I de la CE, s'apliquen les garanties establertes en l'Art. 53.3 CE¹¹, el qual disposa el següent:

“El reconeixement, el respecte i la protecció dels principis reconeguts en el capítol III informaran la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics. Només podran ser al·legats davant la Jurisdicció ordinària d'acord amb el que disposin les lleis que els desenvolupen”.

Per últim, el darrer apartat de l'Art. 51 CE disposa que,

“en el marc del que disposen els apartats anteriors, la llei regularà el comerç interior i el règim d'autorització de productes comercials”.

Per tant, aquest tercer apartat de l'Art. 51 CE no conté un principi rector, sinó un mandat al poder legislatiu consistent en que respecti el principi rector de defensa dels consumidors, consagrat en els apartats anteriors del mateix precepte, en la regulació del comerç interior i el règim d'autorització de productes comercials. Diferents autors senyalen que aquest apartat és innecessari, entre d'altres CAZORLA PRIETO:

“Des d'un punt de vista d'econòmica normativa és cert que la disposició pot ser titllada d'innecessària, donat que el comerç interior i el règim d'autorització de productes comercials són dos importants parcel·les on el principi de defensa dels consumidors i usuaris ha de manifestar-se en els termes que detallen els apartats 1 i 2 de l'art. 51”¹².

2.3.2. LCGC (Arts. 5, 7, 8 i 10) i TRLDCEU (Arts. 82 i 83)

2.3.2.1. Incorporació a la legislació espanyola de la protecció del consumidor en relació al control de CGC

La protecció del consumidor, consagrada en els textos normatius comunitaris (Arts. 38 CDFUE i 169 TFUE, analitzats en apartats anteriors) i en el text

¹¹ GARRIDO FALLA, Fernando *et alii*; *Comentario a la Constitución*. 3ª ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 962.

¹² GARRIDO FALLA. *Op. cit.*, p. 965.

constitucional (sota el principi de defensa del consumidor de l'Art. 51 CE, rector en la política social i econòmica), s'incorpora a la legislació estatal mitjançant dos cossos normatius:

- Per un costat, la Llei 7/1998, de 13 d'Abril, sobre Condicions Generals de Contractació, la qual és aplicable amb caràcter general en contractes celebrats sota CGC, és a dir, aplicable tant en contractes entre empresaris com en contractes de professionals amb consumidors;
- d'altra costat, el Real Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementaries, el qual només és aplicable en contractes entre professionals i consumidors.

S'ha de dir que ambdós textos legals són conseqüència de “*l'obligació imposada als Estats membres de la UE de transposar als seus ordenaments interns la Directiva 93/13*”¹³.

Ambdós textos legislatius, LCGC i TRLDCU, estableixen dos tipus de controls amb la finalitat d'equilibrar la asimetria de força entre les parts contractants en contractes sota CGC i clàusules no negociades individualment:

- Control d'incorporació o inclusió formal: Les CGC hauran de complir amb alguns requisits formals per ser incorporades vàlidament a un contracte.
- Control de contingut material: Es pretén expulsar, del text contractual, aquelles clàusules contraries a Dret que han traspassat el control d'inclusió.

2.3.2.2. Control d'incorporació formal

Pel que fa al control d'incorporació formal, s'han d'analitzar bàsicament tres preceptes:

- L'Art. 5 LCGC per determinar els requisits d'incorporació.
- L'Art. 7 LCGC per determinar quan una CGC no quedarà incorporada al contracte.

¹³ DÍEZ-PICAZO, L; GULLÓN BALLESTERO, A; *Sistema de Derecho Civil*. 10ª ed. Tecnos Vol. II, Tomo 1, Madrid, 2012, p. 69.

- L'Art. 80 TRLDCU per concretar els requisits que han de complir les clàusules no negociades individualment, que poden ser CGC o clàusules d'un contracte particular on el consumidor es limita a adherir-se (només en contractació amb consumidors).

L'Art. 5 LCGC, sota la rubrica de *requisits d'incorporació*, estableix en el seu apartat primer que,

“les condicions generals passaran a formar part del contracte quan s'accepti per l'adherent la seva incorporació al mateix i sigui firmat per tots els contractants”, afegint que “tot contracte haurà de fer referència a les condicions generals incorporades”.

A més, s'estableix una norma d'interpretació clara sobre l'acceptació feta per l'adherent al disposar el següent:

“No podrà entendres que ha hagut acceptació de la incorporació de les condicions generals al contracte quan el predisponent no hagi informat expressament a l'adherent sobre la seva existència i no li hagi facilitat un exemplar de les mateixes”.

És a dir, d'acord a l'Art. 5.1 LCGC, les CGC seran part del contracte quan l'adherent hagi estat informat expressament sobre l'existència de dites condicions, hagi rebut exemplar de les mateixes, el contracte faci referència a les CGC i que totes les parts contractants firmin el contracte.

Per últim, el darrer apartat de l'Art. 5 LCGC disposa que la redacció de les CGC ha de ser transparent, clara, concreta i senzilla. Segons GETE-ALONSO:

“Aquesta exigència imposa que les condicions generals s'hagin de manifestar, pel predisponent a l'adherent, de manera que aquest pugui reconèixer-les i identificar-les com a tals; és a dir, en quant estipulacions que s'integraran en el contracte”¹⁴.

¹⁴ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio; MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge; *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*. Tecnos, Madrid, 1999, p. 75.

L'Art. 7 LCGC, sota la rubrica de “*no incorporació*”, estipula que no quedaran incorporades al contracte les següents CGC:

- Les que no compleixin amb el que s'ha establert a l'Art. 5, és a dir, aquelles en que l'adherent no ha tingut opció real de conèixer en el moment de la celebració del contracte.
- I aquelles que siguin “*il·legibles, ambigües, obscures e incomprensibles, excepte, en quan a aquestes últimes, que haguessin sigut expressament acceptades per escrit per l'adherent i s'ajustin a la normativa específica que disciplini en el seu àmbit la necessària transparència de les clàusules contingudes en el contracte*”.

Sota la rubrica “*requisits de les clàusules no negociades individualment*”, l'Art. 80 TRLDCU disposa que en els contractes amb consumidors i usuaris les clàusules no negociades individualment (CGC o clàusules d'un contracte particular on el consumidor es limita a adherir-se) hauran de reunir els següents requisits:

- Concreció, claredat i senzillesa en la redacció, amb possibilitat de comprensió directa.
- Accessibilitat i llegibilitat, permetent al consumidor el coneixement previ a la celebració del contracte sobre la seva existència i contingut.
- Bona fe i just equilibri entre els drets i obligacions de les parts.

L'Art. 80 TRLDCU en el seu darrer apartat estableix que “*quan s'exercitin accions individuals, en cas de dubte sobre el sentit d'una clàusula prevaldrà la interpretació més favorable al consumidor*”.

2.3.2.3. Control de contingut material

Pel que fa al control de contingut material, s'ha d'estar en allò que disposen els Arts. 8 LCGC i 82 TRLDCU.

El legislador, mitjançant l'Art. 8 LCGC, va establir un doble règim en matèria de control de contingut:

- 1) Règim general aplicable a tot contracte celebrat sota CGC (apartat 1):
“Seran nul·les de ple dret les condicions generals que contradiguin en perjudici de l’adherent el que disposa en aquesta Llei o en qualsevol altre norma imperativa o prohibitiva, excepte que en elles s’estableixi un efecte diferent pel cas de contravenció”.

COCA PAYERAS senyala que aquest primer apartat de l’Art. 8 LCGC és *“innecessari”*¹⁵, en tant que no afegeix res de nou a la norma establerta en l’article 6.3 del Codi Civil¹⁶.

A més, segons GETE-ALONSO *“ha d’entendre que sobra l’expressió «en perjudici de l’adherent»”*¹⁷, senyalant que les parts no poden disposar res sobre les normes imperatives i prohibitives.

- 2) Règim particular aplicable només en contractes celebrats amb consumidors (apartat 2): *“En particular, seran nul·les les condicions generals que siguin abusives, quan el contracte s’hagi celebrat amb un consumidor (...)”.*

Per tant, el legislador ha establert un control específic de contingut aplicable, únicament, en contractes sota CGC on l’adherent és un consumidor, és a dir, s’exclou d’aquest control d’abusivitat els contractes celebrats sota CGC entre professionals.

Per determinar quan una determinada clàusula és abusiva, l’Art. 82.1 TRLDCU, ubicat sota la rubrica de *“concepte de clàusules abusives”*, defineix aquestes com

“totes aquelles estipulacions no negociades individualment i totes aquelles pràctiques no consentides expressament que, en contra de les

¹⁵ COCA PAYERAS, M; *Aproximación al Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, en *La Notaria*, 1998, p. 59.

¹⁶ Art. 6.3 CC: *“Els actes contraris a les normes imperatives i a les prohibitives són nuls de ple dret, excepte que en elles s’estableixi un efecte diferent pel cas de contravenció.”*

¹⁷ ARROYO/MIQUEL. *Op. cit.*, p 84.

exigències de la bona fe causin, en perjudici del consumidor i usuari, un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es deriven del contracte”.

A més, el fet de que una clàusula hagi sigut negociada no exclou l'aplicació de la normativa sobre clàusules abusives a la resta del contracte (Art. 82.2 TRLDCU).

Per últim, el mateix article 82, en el apartat tercer, determina que per apreciar el caràcter abusiu d'una clàusula s'ha de tenir en compte la naturalesa de l'objecte del contracte, les circumstàncies concurrents en el moment de la celebració del mateix i les demés clàusules del contracte o d'un altre contracte amb el que guardi relació.

2.3.2.4. Efectes de no traspasar els controls d'incorporació o de contingut

Pel que fa als efectes de no traspasar els controls explicats, d'acord a l'Art. 10 LCGC la no incorporació (derivada de no traspasar el control d'incorporació) o la declaració de nul·litat (derivada de no traspasar el control de contingut) d'una clàusula predisposada determina la ineficàcia de la mateixa, però la resta del contracte segueix sent eficaç sempre que pugui subsistir sense aquelles clàusules.

El mateix precepte, afegeix que,

“la part del contracte afectada per la no incorporació o per la nul·litat s'integrarà d'acord a allò disposat per l'article 1.258 del Codi Civil i disposicions en matèria d'interpretació contingudes en el mateix”.

No obstant, pel que fa als contractes sota clàusules no negociades individualment entre professionals i consumidors, l'Art. 83 TRLDCU disposa una norma específica:

“les clàusules abusives seran nul·les de ple dret i es tindran per no posades”, afegint que el Jutge “declararà la nul·litat de les clàusules abusives incloses en el contracte, el qual, no obstant, seguirà sent obligatori per les parts en els mateixos termes, sempre que pugui subsistir sense dites clàusules”.

Per tant, en la contractació entre professionals i consumidors, les CGC declarades nul·les per abusives es tindran per no posades. Com podem veure, l'Art. 83 TRLDCU no fa menció a la possible integració del contracte. En conseqüència, s'exclou la integració de la part del contracte afectada per la nul·litat (abusivitat) d'acord a l'Art. 1.258 CC. En aquesta direcció es pronuncia el TJUE:

“(…) l'article 6, apartat 1, de la Directiva 93/13 s'oposa a una norma de Dret nacional que atribueixi al jutge nacional, quan aquest declari la nul·litat d'una clàusula abusiva continguda en un contracte celebrat entre un professional i un consumidor, la facultat d'integrar el contracte modificant el contingut de la clàusula abusiva”¹⁸.

El mateix TJUE, sobre la facultat del jutge per modificar el contingut de les clàusules declarades abusives determina que:

“l'esmentada facultat contribuiria a eliminar l'efecte dissuasori que exerceix sobre els professionals el fet que, pura i simplement, tals clàusules abusives no s'apliquin enfront dels consumidors, en la mesura que els professionals podrien veure's temptats a utilitzar dites clàusules en saber que, tot i que arribés a declarar-se la nul·litat de les mateixes, el contracte podria ser integrat pel jutge nacional en el que fos necessari, garantint d'aquesta manera l'interès d'aquests professionals”¹⁹.

No obstant, el TJUE deixa la porta oberta a la integració de la part del contracte afectada per abusivitat en els supòsits en els que la declaració de nul·litat de la clàusula abusiva implica la nul·litat de la totalitat del contracte:

“És cert que el Tribunal de Justícia també ha reconegut al jutge nacional la facultat de substituir una clàusula abusiva per una disposició supletòria de Dret nacional, sempre que aquesta substitució (...) permeti restablir un equilibri real entre els drets i les obligacions

¹⁸ ATJUE d'11 de Juny de 2015, en assumpte C-602/13 (ECLI:EU:C:2015:397), BBVA, S.A. v. Quintano Ujeta i Sánchez García, apartat 37.

¹⁹ STJUE d'11 de Juny de 2015. *Op. cit.*, apartat 37.

*de les parts del contracte. No obstant, aquesta possibilitat queda limitada als supòsits en els que la declaració de nul·litat de la clàusula abusiva obligaria el jutge a anul·lar el contracte en la seva totalitat, quedant exposat el consumidor d'aquesta manera a conseqüències d'un grau que representessin per aquest una penalització*²⁰.

²⁰ STJUE d'11 de Juny de 2015. *Op. cit.*, apartat 38.

3. ESTUDI DOCTRINAL DEL CONTROL DE TRANSPARÈNCIA DE CGC

Ja hem vist quin és el règim jurídic aplicable al control de transparència de CGC, en aquest apartat entrelaçarem els citats preceptes normatius, recolzant-nos en la doctrina i la jurisprudència, amb la intensió d'exposar quins són els controls de transparència que han de traspasar les clàusules predisposades (no negociades) en la contractació sota CGC, tenint com objectiu principal la protecció del consumidor davant dels possibles abusos per part dels professionals.

3.1. Qüestions prèvies i fonaments del control de les CGC

Abans d'entrar en profunditat a analitzar els controls que han de traspasar les CGC contingudes en el contracte, és important tenir en compte una sèrie de qüestions prèvies que s'exposen a continuació.

3.1.1. Legitimació de la utilització de CGC

Per justificar la utilització de CGC, s'ha de partir de la necessitat que tenen les empreses de racionalitzar i estandarditzar la seva activitat per poder-se adaptar a la gran quantitat de transaccions homogènies que es realitzen en els actuals mercats globals i industrialitzats. Segons ALFARO, la contractació sota CGC constitueix

“un instrument de racionalització del qual no poden prescindir les empreses per fer front a una activitat contractual massificada”²¹.

En altres paraules, les CGC són un instrument racionalitzador (merament empresarial) per fer front als mercats globalitzats, l'ús de les noves tecnologies en l'àmbit de la contractació i el conseqüent augment de relacions comercials homogènies entre els actors que formen part del mercat (empreses/professionals i consumidors/usuaris). Per tant, les empreses necessiten fer ús de contractes estandarditzats sota CGC per donar resposta a una gran quantitat de relacions jurídiques homogènies, les quals permeten una regulació prèvia i uniforme per totes elles.

²¹ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús; *Las condiciones generales de la contratación*. 1ª ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 27.

ALFARO diferencia quatre funcions racionalitzadores de la utilització de CGC²²:

- 1) *Reducció dels costos de celebració i regulació dels contractes celebrats per l'empresa*: Al no individualitzar-se el contracte completament, es redueixen substancialment el costos que deriven de la negociació sobre la regulació contractual (costos principalment derivats del personal i les hores de treball).
- 2) *Facilitador de la divisió de tasques*: La utilització de CGC permet que els treballadors s'especialitzin en les tasques encomanades, d'aquesta manera no tots els treballadors requereixen coneixements jurídics. En conseqüència, el venedor del producte fabricat per una empresa pot celebrar contractes amb una regulació detallada sense coneixements jurídics.
- 3) *Coordinació en el si de l'empresa*: Com mecanisme d'estandardització, les CGC permeten: 1) Reduir les necessitats de comunicació informal entre els subjectes de l'organització degut a la previsió de les possibles incidències en les mateixes CGC; 2) que l'empresa pugui planificar la seva activitat amb major seguretat i adaptar l'actuació de tercers a les seves necessitats; 3) garantir l'execució de les decisions preses per la gerència donat que les CGC priven als treballadors d'autonomia per negociar les condicions preestablertes.
- 4) *Possibilitar el càlcul anticipat dels costos*: Mitjançant CGC, les empreses poden calcular prèviament qualsevol eventualitat que pugui suposar una futura despesa en els comptes (Ex.: Terminis de garantia).

²² ALFARO; *Las condiciones generales (...)*. Op. cit., p. 28 i 32.

A més dels avantatges produïts a favor de l'empresa, segons MORALES, les CGC produeixen,

“d’una manera molt limitada, seguretat jurídica pel trànsit mercantil en general. El legislador no es preocupa de renovar i actualitzar els textos legals, i amb el passar dels anys, es converteixen en textos normatius anacrònics. Aleshores, les condicions generals brinden una regulació més detallada, clara i actualitzada que la continguda en la regulació legal d’alguns contractes”²³.

ALFARO també reconeix aquesta funció de seguretat jurídica, limitant-la, bàsicament,

“als contractes que no tenen regulació legal o un cos de doctrina jurisprudencial sòlit i complex”²⁴.

En definitiva, la utilització de CGC per part de les empreses està justificada, bàsicament, per respondre a la necessitat de racionalització i estandardització en l'actuació empresarial. No obstant, ALFARO senyala que no es tenen que admetre qualsevol CGC,

“sinó només permetre la seva utilització i admetre la validesa d’aquelles que el seu contingut sigui imprescindible per garantir un desenvolupament racionalitzat de l’activitat contractual de l’empresa”²⁵.

En resum, la correcte utilització de CGC és beneficiosa pel tràfic jurídic empresarial, permetent la celebració d’un gran nombre de transaccions beneficioses pel mercat interior europeu i per l’actual sistema econòmic i social.

²³ MORALES QUINTANILLA, Carlos René; *Las condiciones generales de los contratos y el control de contenido frente a las cláusulas abusivas*. Tesis doctoral Universidad de Salamanca dirigida pel Professor Dr. Martín Pérez. p. 17 i 18.

²⁴ ALFARO; *Las condiciones generales (...)*. *Op. cit.*, p. 33.

²⁵ ALFARO; *Las condiciones generales (...)*. *Op. cit.*, p. 37.

3.1.2. *L'autonomia de la voluntat en la contractació sota CGC i la necessitat de protegir a l'adherent*

L'autonomia de la voluntat es pot definir comç:

“El poder d'autoregulació que l'Ordenament Jurídic reconeix a la persona particular per la creació, modificació i extinció de les seves relacions jurídiques patrimonials i per la instauració de normes jurídiques de caràcter vinculant a través d'actes voluntaris”²⁶.

El concepte legal d'autonomia de la voluntat el trobem en l'Art. 1.255 CC, precepte base de l'Ordenament Jurídic en matèria contractual, el qual disposa que,

“els contractants poden establir els pactes, clàusules i condicions que tinguin per convenient, sempre que no siguin contraris a les lleis, a la moral ni al ordre públic”.

En conseqüència, l'autonomia de la voluntat en la contractació sota CGC està sotmesa al límit de la “lleï” establert en l'Art. 1.255 CC, fent referència a les lleis en matèria de Condicions Generals de Contractació i de protecció del consumidor (analitzades en l'apartat de règim jurídic). Per tant, la regulació contractual derivada de l'autonomia privada haurà de respectar dites lleis específiques.

Segons ALFARO, amb l'autonomia de la voluntat/llibertat contractual com base en matèria de contractació,

“no necessitem legitimacions ulteriors per considerar vinculants els acords adoptats lliurement pels particulars: aquests valen perquè han estat volguts pels individus en l'exercici de la seva llibertat. La justícia o la injustícia del contingut pactat (a excepció dels límits recollits en l'Art. 1.255 CC) és irrellevant perquè la legitimitat del que s'ha pactat no es basa en el seu contingut sinó en el procediment pel qual s'ha assolit l'acord, que ha estat el consentiment lliure i no la imposició”²⁷.

²⁶ GETE-ALONSO, M^a del Carmen; *Manual de Derecho Civil II*. 3^a ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 535.

²⁷ ALFARO; *Las condiciones generales (...)*. *Op. cit.*, p. 57.

Per tant, l'autonomia de la voluntat manifestada mitjançant un consentiment lliure és la clau per la celebració de contractes justos. Avui en dia, és vàlida la idea de que el millor defensor dels interessos de les parts són els mateixos contractants, ALFARO en la mateixa direcció defensa que,

“el mecanisme contractual té una certa garantia de justícia en tant que l'exigència de consentiment assegura que l'acord no és injust per cap de les parts, perquè ha de suposar-se que els acords injustos es rebutgen”²⁸.

No obstant, el mateix ALFARO adverteix que,

“determinar el que és just o injust en un ordenament basat en l'autonomia privada correspon a les decisions individuals de cada un dels subjectes, decisions que no poden ser substituïdes per valoracions portades des de fora”²⁹.

Per tant, en un contracte l'autonomia de la voluntat ha de ser bilateral, és a dir, ambdues parts han de tenir autodeterminació, sense que es donin ingerències o imposicions de tercers. Segons ALFARO,

“el contracte ha de ser expressió d'autonomia bilateral, la qual cosa implica no només absència d'interferències estatals o de tercers sinó també absència d'imposició de la voluntat d'una de les parts sobre l'altra”³⁰.

Per tant, l'autonomia de la voluntat en la contractació sota CGC, entesa des del punt de vista tradicionalista, ha quedat modulada degut a la imposició per una de les parts del contingut contractual, excloent a l'altre part de la llibertat de configuració (llibertat contractual) que caracteritza l'autonomia de la voluntat. Segons BERROCAL, fent referència a la contractació sota CGC,

²⁸ ALFARO; *Las condiciones generales (...)*. Op. cit., p. 58.

²⁹ ALFARO; *Las condiciones generales (...)*. Op. cit., p. 58.

³⁰ ALFARO; *Las condiciones generales (...)*. Op. cit., p. 59.

“excepte en el que es refereix a les prestacions essencials objecte del contracte –Consentiment, objecte (preu) i causa– respecte de les que pot existir certa negociació, el consumidor es limita a acceptar les condicions prèviament establertes”³¹.

Precisament, el problema de la contractació sota CGC és la imposició d’una de les parts de la llibertat de configuració del contingut contractual. En conseqüència, els controls legals sobre les CGC es justifiquen pel fet de que aquest tipus de contractació afecta perjudicialment a la llibertat per vincular-se (autonomia privada), degut a un procediment contractual que estableix el contingut mitjançant la imposició de CGC o clàusules prèviament redactades per una de les parts.

Aleshores, si s’imposa el contingut contractual per una de les parts, sembla clar que la seva obligatorietat no es pugui justificar per ser un acte d’autonomia privada (desplaçament del règim general en matèria contractual), per tant, aquest contingut contractual ha de merèixer un tractament divers del general aplicable als altres continguts contractuals³².

Per tant, és important modificar la lògica contractualista tradicionalista, consistent en la negociació i lliure configuració bilateral (on el text contractual quedava regulat per ambdues parts), per reemplaçar-la, com diu CAÑIZARES,

“per una nova imatge d’un contracte en el que el dret dispositiu és substituït per una regla contractual elaborada per una sola de les parts i per això sotmès a un control de contingut de validesa diferent al que se sotmet als altres contractes”³³.

Aquesta imposició de la regulació contractual per una de les parts, pot derivar, i habitualment així succeeix, en un desequilibri de drets i obligacions donada la

³¹ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel; *El control de abusividad y transparencia: Caracterización y alcance. Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2014, Núm. 62, p. 175.

³² MIQUEL GONZÁLEZ, José María; Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios, *RJUAM*, nº 27, 2013-I, p. 236 i 237. MIQUEL justifica d’aquesta manera els controls específics de CGC i clàusules predisposades.

³³ CAÑIZARES LASO, Ana; Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*. Vol. II, nº3, (2015 julio – septiembre), p. 71.

diferència de força entre les parts i el conseqüent possible abús en la redacció del text regulador de la relació jurídica creada³⁴.

No obstant, la necessitat de protecció de l'adherent no només es justifica per la imposició del contingut contractual per una de les parts i el conseqüent possible abús, sinó també per la necessitat de cultivar acuradament la confiança del consumidor en un sistema capitalista de lliure mercat cada vegada més globalitzat. És a dir, no pot existir un mercat exitós sense la confiança del consumidor, el qual deixaria de consumir si cada vegada que ha de celebrar un contracte té en ment la idea fonamentada de que el professional abusarà de la seva posició. Segons MIQUEL,

*“contractar o no contractar no només interessa al consumidor, sinó a una societat en la que el consum és peça clau en l'economia”*³⁵.

En definitiva, la protecció de l'adherent, mitjançant control específic de CGC, es justifica bàsicament per varis motius: Per una banda, la imposició per una de les parts del contracte del text contractual i el possible abús sobre l'adherent; D'altra banda, la necessària confiança de l'adherent en la participació en el mercat amb la finalitat d'aconseguir un bon funcionament de l'economia en l'actual sistema socioeconòmic.

3.1.3. Distinció entre contractació en massa i d'adhesió

Abans de seguir avançant en el present treball, s'ha d'advertir la diferència conceptual entre el contracte en massa (format per CGC) i el d'adhesió, entenent que tot contracte que incorpora condicions generals és un contracte d'adhesió, però

³⁴ MIQUEL. *Op. cit.*, p. 224.

Com exemple de pràctica abusiva del redactor del contracte, MIQUEL adverteix sobre “la freqüent existència de clàusules abusives en les condicions generals dels préstecs hipotecaris”, i que aquests “atorguen importants prerrogatives a les entitats financeres” avantatges que provoquen desequilibri de drets i obligacions entre les parts.

A més, es remarca que la STJUE de 14 de març de 2013, en assumpte C-415/11 (ECLI:EU:C:2013:164), Mohamed Aziz v. Catalunya Caixa, la que posa a la palestra pública la indefensió en que es troben els deutors en la execucions hipotecaries (contractació sota CGC per excel·lència).

D'acord al mateix MIQUEL, “les innumerables i dramàtiques execucions d'hipoteques sobre habitatges i la citada sentència del TJUE han avisat i alarmat a la opinió pública sobre la existència d'abusos de les entitats financeres”.

³⁵ MIQUEL. *Op. cit.*, p. 238.

no tot contracte d'adhesió esta configurat per condicions generals, degut a l'existència de contracte d'adhesió individualitzats.

Amb la finalitat de delimitar l'objecte d'estudi del present treball, ens centrarem en la contractació en massa o, el que és el mateix, contractació celebrada sota CGC. Aquest tipus contractual no només es basa en la imposició del contingut contractual, sinó que també és caracteritza perquè les clàusules que conté hagin sigut pre-redactades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes.

3.1.4. Àmbit d'aplicació del control de CGC

Ja hem vist la justificació de perquè l'adherent d'un contracte celebrat sota CGC ha de ser protegit mitjançant controls sobre aquest tipus de clàusules predisposades, a continuació determinarem l'àmbit d'aplicació d'aquests controls.

3.1.4.1. Àmbit d'aplicació objectiu

Com ja s'ha exposat anteriorment, el legislador espanyol ha establert dos règims legals diferenciats (LCGC i TRLDCU), els quals són reguladors en matèria de contractació en massa.

Precisament, les característiques de la contractació en massa són les que identifiquen el primer concepte a determinar, aquest és el de CGC. Aleshores, podem definir aquestes com tota clàusula contractual predisposada amb la finalitat de ser incorporada en una pluralitat de contractes i que són imposades pel predisponent³⁶. L'Art. 1.1 LCGC defineix les CGC com,

“clàusules predisposades la incorporació de les quals al contracte sigui imposada per una de les parts, amb independència de l'autoria material de les mateixes, de la seva aparença externa, de la seva extensió i de qualsevol altres circumstàncies, havent estat redactades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes”.

³⁶ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN. *Op. Cit.*, p. 70.

Per tant, els elements que formen part del concepte de CGC són³⁷:

- *Contractualitat*: Clàusules que formen part del contingut del contracte.
- *Predisposició*: Redactades prèvia i unilateralment per una de les parts abans de la celebració del contracte.
- *Imposició*: Amb un dèficit d'autonomia de la voluntat entès d'es d'un punt de vista tradicional.
- *Generalitat*: Redactades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes.

No obstant, s'ha de recordar que el control de contingut, tal com s'ha analitzat en l'apartat de règim jurídic, només es preveu en el TRLDCU sobre les “*clàusules no negociades individualment*”, per tant, les CGC regulades en la LCGC no estan sotmeses al control de contingut. No obstant, com diu MORALES, el control de contingut s'aplicarà

*“quan les condicions generals encaixin en la noció de clàusules no negociades individualment”*³⁸.

La noció de clàusula no negociada individualment la trobem en l'Art. 3.2.1º Directiva 93/13, precepte no transposat pel legislador espanyol, però que serveix per interpretar el TRLDCU. Aquest estableix que:

“Es considerarà que una clàusula no s'ha negociat individualment quan hagi sigut redactada prèviament i el consumidor no hagi pogut influir sobre el seu contingut, en particular en el cas dels contractes d'adhesió”.

En conseqüència, la noció de clàusula no negociada individualment conté tres dels quatre caràcters del concepte de CGC (contractualitat, predisposició i imposició), fet que implica que en la majoria dels casos d'aplicació del control de contingut la clàusula objecte de control serà també una CGC.

³⁷ ALFARO; *Las condiciones generales (...)*. Op. cit., p. 115 i 116.

³⁸ MORALES. Op. cit., p. 154.

3.1.4.2. Àmbit d'aplicació subjectiu

Pel que fa l'àmbit d'aplicació subjectiu del control de CGC, només farem referència als subjectes d'aquests, sense aprofundir en la matèria. Al igual que passava amb l'àmbit objectiu, el legislador espanyol ha decidit establir diferents règims jurídics.

Els elements subjectius que exigeix l'aplicació de la LCGC són:

- Predisponent/professional: Tota persona física o jurídica que actuï dins del marc de la seva activitat professional o empresarial, ja sigui pública o privada³⁹.
- Adherent: Qualsevol persona física o jurídica⁴⁰. Per tant, pot ser un consumidor/usuari o també pot ser un empresari/professional.

Aleshores, com diu ARROYO:

“Mentre que el predisponent ha de ser necessàriament un professional, en els termes de l'article 2.2 LCGC, l'adherent podrà ser un consumidor o un professional”⁴¹.

El segon règim és el que fa referència al control de contingut de les clàusules no negociades individualment, és a dir, el règim legal del TRLDCU. Aquest exigeix que, per l'aplicació del control de contingut, els subjectes siguin els següents:

- Professional/empresa: Persona física o jurídica que actuï dins de l'àmbit de la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió⁴².
- Consumidors/usuaris: Persona física que actuï amb un propòsit aliè a la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió⁴³.

³⁹ Art. 2.2 LCGC.

⁴⁰ Art. 2.1 LCGC.

⁴¹ ARROYO/MIQUEL. *Op. cit.*, p 33.

⁴² Art. 4 TRLDCU.

⁴³ Art. 3 TRLDCU.

3.1.5. Punt d'inflexió en referència al control de CGC i clàusules no negociades individualment: El control de transparència en la STS de 9 de maig de 2013

Es pot considerar que el punt d'inflexió doctrinal sobre la rellevància del control de transparència, és la Sentència emanada del Tribunal Suprem de 9 de Maig de 2013⁴⁴. Fins aquest moment, la doctrina no havia prestat gran atenció al control de transparència material, no obstant, a partir de la mencionada Sentència ha anat sorgint una doctrina cada vegada més completa i complexa.

Amb anterioritat a la STS de 9 de maig de 2013, els tribunals venien aplicant simplement l'anomenat test d'incorporació com paràmetre de control formal de les CGC preestablertes en contractes (aquests requisits d'incorporació s'apliquen a tots els contractes que contenen CGC, ja siguin contractes celebrats amb consumidors o entre empresaris/professionals), junt a un control de contingut (control d'abusivitat) només per clàusules que afectaven a elements accidentals (aquelles incorporades a un contracte amb consumidor que no afecten a elements essencials del contracte).

La STS de 9 de maig de 2013 va afegir un control material de transparència anomenat test de transparència reforçat o qualificat, el qual s'aplica només a les CGC que afecten a elements essencials (Ex.: Preu) i que ja han traspassat el control d'incorporació en contractes celebrats amb consumidors. Per tant, en aquest moment i amb base a l'Art. 4.2 Directiva 93/13/CEE va sorgir, segons CAÑIZARES,

“una espècie de tercer control, el control de transparència (...), independent dels controls d'inclusió i de contingut”⁴⁵.

Aquest control de transparència també es coneix com “*doble control de transparència*” o “*transparència reforçada*”. El control en qüestió serà analitzat en l'apartat 3.3.3. del present treball.

⁴⁴ STS 241/2013, de 9 de Maig (ECLI:ES:TS:2013:1916).

⁴⁵ CAÑIZARES. *Op. cit.*, p. 81.

3.1.6. Diferència entre control de contingut i l'error/vici del consentiment

Com última qüestió prèvia abans d'entrar a analitzar en profunditat el control de transparència, és rellevant destacar que el control de contingut de les CGC incorporades al contracte, segons BERROCAL,

“constitueix un control d'abusivitat abstracte de validesa de la clàusula predisposada, diferent del error propi o error vici del consentiment que suposaria un control sobre el cas concret”⁴⁶.

Per tant, és important diferenciar de mode genèric el error o vici del consentiment del control de transparència, ja que en aquest treball només ens centrem en l'estudi del segon.

El filtre de transparència es tracta d'un control objectiu d'algunes clàusules concretes en relació a la resta del contracte i del mateix procés de contractació, mentre que el control del vici del consentiment es tracta d'una avaluació subjectiva, és a dir, es tracta d'avaluar les circumstàncies personals de les parts contractants alhora de prestar el consentiment per quedar obligats.

A més, les conseqüències de no traspasar el control de transparència són diferents que les que comporta el error o vici en el consentiment contractual, aquest últim implica la anul·labilitat de tot el text normat entre les parts, mentre que si una clàusula no traspasa el control de transparència s'obra la porta a la seva possible declaració de nul·litat (les conseqüències de no traspasar el control de transparència reforçat seran tractades en l'apartat 3.4 d'aquest treball).

Una vegada assentades les qüestions prèvies a tenir en compte per poder comprendre didàcticament el control de transparència, podem passar al seu anàlisi detallat.

⁴⁶ BERROCAL. *Op. cit.*, p. 201.

3.2. Control de transparència formal o gramatical

El filtre de transparència formal o gramatical controla el compliment per part del predisponent dels requisits d'incorporació amb la finalitat que les CGC quedin incorporades al text contractual, per tant, es tracta de l'aplicació dels requisits formals establerts en els Arts. 5 i 7 LCGC. Per tant, aquest control és aplicable a tots els contractes sota CGC, és a dir, el control d'incorporació establert per la LCGC, segons CÁMARA,

“s'aplica tant per contractes de consum com per contractes entre empresaris”⁴⁷.

En aquesta direcció, la STS 367/2016, de 3 de juny⁴⁸, disposa que:

“En el Dret nacional, tant si el contracte se subscriu entre empresaris i professionals com si se celebra amb consumidors, les condicions generals poden ser objecte de control per la via de la seva incorporació a tenor del que es disposa en els articles 5.5 LCGC (... i) 7 LCGC”.

Tenint en compte els esmentats preceptes de la LCGC, per tal que les clàusules generals es considerin incorporades en el contracte, segons BERROCAL,

“han d'ajustar-se als criteris de transparència, claredat, concreció i senzillesa que l'adherent ha tingut oportunitat real de conèixer de manera completa al temps de celebració del contracte i que no siguin il·legibles, ambigües, obscures e incomprensibles”⁴⁹.

En la mateixa direcció es pronuncia el TS en la Sentència 669/2017, de 14 de desembre⁵⁰, al disposar que,

“gramaticalment, la clàusula és clara i comprensible i permet al prestatari conèixer, comprendre i acceptar que l'interès variable del

⁴⁷ CÁMARA LAPUENTE, Sergio; *Argumentaciones de los tribunales (y de la doctrina) para ampliar ambos controles a los contratos entre empresas (el marco jurisprudencial “heterodoxo”: construcciones extralimitadas)*, en *Almacén de derecho*, <http://almacenederecho.org/>. Publicació de 27 de juny 2016, consultat 18/03/18.

⁴⁸ STS 367/2016, de 3 de Juny (ECLI:ES:TS:2016:2550). FJ 3r, apartat 2.

⁴⁹ BERROCAL. *Op. cit.*, p. 201.

⁵⁰ STS 669/2017, de 14 de Desembre (ECLI:ES:TS:2017:4308). FJ 6è, apartat 5.

seu préstec hipotecari es calcula amb referència a un tipu fixat i controlat pel Banc d'Espanya. De forma que, des d'aquesta perspectiva, la clàusula en qüestió supera el control d'inclusió”.

GETE-ALONSO defensa l'existència de quatre grups de requisits d'incorporació que han de complir les CGC⁵¹:

- 1) *Requisits de formulació*: Les CGC han de ser transparents, clares, concretes i senzilles, en altres paraules, no poden ser il·legibles, ambigües, obscures o incomprensibles.
- 2) *Requisits de coneixement*: El predisponent ha d'informar a l'adherent de l'existència de CGC, és a dir, l'adherent ha de tenir l'oportunitat de conèixer les CGC abans de la celebració del contracte.
- 3) *Requisits de disponibilitat*: L'adherent ha de poder consultar les CGC abans de la celebració del contracte.
- 4) *Requisits en relació a l'acceptació de l'adherent*: L'adherent ha d'acceptar la totalitat de les CGC i el contracte ha de ser firmat per totes les parts.

Pel que fa a la conseqüència bàsica de no traspasar el citat control, la clàusula es tindrà com no inclosa en la regulació contractual des del moment de la celebració del contracte (no haurà format mai part del text regulador). Per tant, la no incorporació de la clàusula predisposada suposa la pervivència de la resta del contracte sempre que aquest pugui subsistir, decisió que correspon al jutge.

Podem dir que aquest control de transparència formal és un mer control de consentiment, pel qual es controla en un moment posterior a la celebració del contracte que la part dèbil ha prestat el consentiment coneixent que el contracte esta format per CGC.

A més de la funció de transparència, a aquest control formal se li atorga una funció de publicitat, CAÑIZARES diferencia dos moments on es manifesta aquesta⁵²:

⁵¹ GETE-ALONSO. *Op. cit.*, p. 586.

⁵² CAÑIZARES. *Op. cit.*, p. 76.

- Celebració del contracte: *“Els requisits d’incorporació garanteixen que l’adherent coneix que el contracte està regulat per condicions generals i en concret la possibilitat de conèixer quines són aquestes”*.
- Execució del contracte: Els requisits d’incorporació possibiliten que l’adherent pugui conèixer les CGC detalladament quan es produeixen els fets que regulen.

En resum, en aquest primer filtre de transparència formal s’ha de subratllar la importància que tenen la transparència i la publicitat per tal de poder prestar un consentiment lliure i amb prou coneixements de que el contracte esta format per CGC i quines són aquestes concretament. Per tant, no es tracta de que l’adherent conegui el contingut de les CGC, ni tan sols d’entendre-les, sinó de conèixer quines són les clàusules generales que formen part del contracte.

3.3. Control de transparència material de CGC

3.3.1. Control de contingut de CGC en la contractació amb professionals

Com ja s’ha dit anteriorment, el legislador espanyol ha decidit establir dos règims jurídics diferenciats, establint un control formal en la LCGC i un control material en el TRLDCU. Segons CÁMARA,

“l’article capital en la separació dels diferents controls (material o de contingut pel TRLDCU i formal o d’incorporació en la LCGC) en funció de de si es tracta d’un contracte de consum o no és el 8 LCGC, titulat «nul·litat» –que segueix a l’Art. 7, titulat «no incorporació» quan no es compleixin els requisits d’incorporació”⁵³.

Com ja s’ha dit anteriorment, el règim de nul·litat general establert en l’Art. 8.1 LCGC no afegeix res de nou a la norma establerta en l’Art. 6.3 CC. També cal recordar, que el règim específic de control d’abusivitat establert en l’Art. 8.2 LCGC només és aplicable quan l’adherent és un consumidor.

⁵³ CÁMARA. *Argumentaciones de los tribunales (...)* Op. cit.

En conseqüència, el control de contingut de CGC en la contractació entre professionals es basa en el control general al qual està sotmesa qualsevol clàusula negociada. En aquesta direcció el TS es va pronunciar en la Sentència 227/2015, de 30 d'abril⁵⁴:

“les condicions generals inserides en contractes en els que l'adherent no té condició legal de consumidor o usuari, quan reuneixen els requisits d'incorporació, tenen, en quan al control de contingut, el mateix règim legal que les clàusules negociades, de manera que només operen com límits externs de les condicions generals els mateixos que operen per les clàusules negociades, fonamentalment els previstos en l'Art. 1.255 i en especial les normes imperatives, com recorda l'Art. 8.1 LCGC”.

Aquesta decisió legislativa ha estat font de crítiques de la doctrina, entre d'altres autors, la mateixa CAÑIZARES senyala el següent:

“És lamentable que les condicions generals en la contractació, tot i que es tracti d'empresaris no tinguin que traspasar un control de contingut que en general s'ha de propugnar no pels subjectes que contracten sinó per la especial manera de contractar, això és, contractació amb condicions generals predisposades per una de les parts. (...) la contractació mitjançant condicions generals exigeix una protecció dels adherents, encara que hagi de ser més intensa pels consumidors que pels empresaris, però diferent, per superior, de la que proporcionen les normes imperatives i prohibitives aplicables a tots els contractes”⁵⁵.

Com senyala CÁMARA,

“seria precís un canvi legislatiu si es considera que el dèficit del consentiment contractual propi dels contractes d'adhesió és similar quan l'adherent és un consumidor o un empresari”⁵⁶.

⁵⁴ STS 227/2015, de 30 d'abril (ECLI:ES:TS:2015:1923). FJ 5è, apartat 2.

⁵⁵ CAÑIZARES. *Op. cit.*, p. 72.

⁵⁶ CÁMARA. *Argumentaciones de los tribunales (...) Op. cit.*

3.3.2. Control de contingut per clàusules accidentals en la contractació amb consumidors

Una vegada les CGC han superat el filtre d'incorporació al contracte, han de traspasar també un control de contingut específic quan aquestes han sigut incorporades en contractes amb consumidors, com ja s'ha dit en el present treball, això es justifica per la necessitat de protecció del consumidor davant el possible abús dels professionals alhora de redactar contractes sota CGC.

El legislador ha establert un control material consistent en avaluar, *ex post* a la celebració del contracte, l'abusivitat d'una clàusula no negociada individualment incorporada al contracte i que afecta, en principi, a elements accessoris⁵⁷ del contracte. Aquest control, segons MARTÍN,

“permet entrar a enjudiciar el contingut, finalitat o efectes d'una clàusula, per analitzar si constitueix un abús pel consumidor i declarar la seva nul·litat en aquest cas”⁵⁸.

El règim específic al que fem referència és l'establert per l'Art. 8.2 LCGC, que estableix la nul·litat de les CGC que siguin abusives quan l'adherent sigui un consumidor. El mateix precepte, per determinar el concepte de clàusula abusiva, ens remet a l'Art. 10 bis de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, General per la Defensa dels Consumidors i Usuaris, llei derogada pel TRLDCU. Aquest precepte es troba regulat actualment en els Arts. 80.1 c) i 82.1 TRLDCU, no obstant, per determinar quin és el concepte de clàusula abusiva només farem servir el segon precepte.

Per tant, d'acord al concepte de clàusula abusiva establert en l'Art. 82.1 TRLDCU, s'ha d'entendre que el control material de clàusules no negociades individualment incorporades al contracte protegeix al consumidor davant de la

⁵⁷ CÁMARA LAPUENTE, Sergio; *El control de las cláusulas «abusiva» sobre elementos esenciales del contrato*. 1ª ed. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 109. Com analitzarem en l'apartat 3.3.3 del present treball, les clàusules que afecten a elements essencials s'exclouen, en un principi, del control de contingut.

Segons CÁMARA, “*mentre els elements principals del contracte no estan sotmesos al control de contingut propi de les clàusules abusives, si ho estan els elements accessoris*”.

⁵⁸ MARTÍN PÉREZ, J.A; *Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, en *Estudios sobre consumo* (dirigido por Sánchez Barrios, M. I.), Valencia, 2012, p. 315.

imposició de clàusules que no respecten “*les exigències de la bona fe*”, causant “*en perjudici del consumidor i usuari, un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts*”⁵⁹.

En conseqüència, per poder identificar si una CGC és abusiva, cal analitzar dos elements: La bona fe i el desequilibri de drets i obligacions.

3.3.2.1. Bona fe en sentit objectiu

Pel que fa la bona fe, la Directiva 93/13, en el seu considerant setzè, seguint un criteri objectiu disposa que:

“Els professionals poden complir l'exigència de bona fe tractant de manera lleial i equitativa amb l'altre part”.

És a dir, el predisponent ha de redactar les clàusules predisposades amb lleialtat i honestat davant els interessos del consumidor, de manera que no causi un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts. En referència a la bona fe en sentit objectiu, DÍEZ-PICAZO diu que,

*“pel professional és un objectiu model de comportament lleial i pel consumidor, el conjunt d'expectatives que consumidors amb criteris raonables poden formar sobre el tipus contractual”*⁶⁰.

3.3.2.2. Desequilibri de drets i obligacions entre les parts

Pel que fa al desequilibri de drets i obligacions entre les parts, d'acord al TJUE, per valorar si una clàusula predisposada provoca en perjudici del consumidor un

“desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts que es deriven del contracte, han de tenir-se en compte, en particular, les normes aplicables en Dret nacional quan no existeixi un acord de les parts en aquest sentit. Mitjançant un anàlisi comparatiu d'aquest tipus, el jutge nacional podrà valorar si –i, en el seu cas, en quina

⁵⁹ Art. 82.1 TRLDCU: Estableix el concepte de clàusula abusiva (veure en p. 17).

⁶⁰ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN. *Op. Cit.*, p. 71.

*mesura– el contracte deixa al consumidor en una situació jurídica menys favorable que la prevista pel Dret nacional vigent*⁶¹.

És a dir, per determinar si existeix o no desequilibri de drets i obligacions s'ha de dur a terme una comparació entre la concreta clàusula predeterminada i allò que regularia el contracte en el seu defecte.

ALFARO defensa que,

*“són abusives les clàusules que deroguen el Dret dispositiu sense justificació”*⁶².

En conseqüència, una clàusula no negociada incorporada al contracte pot ser abusiva si el professional-predisponent, tractant de manera deslleial i deshonestament al consumidor-adherent, li provoca a aquest un perjudici important que no s'hauria produït si s'hagués aplicat el Dret dispositiu.

No obstant, s'ha de destacar que el control de transparència material o de contingut no només es centra en valorar l'abusivitat tenint en compte el contingut de la clàusula predisposada, sinó també pel procediment contractual i la condició dels contractants. Segons MIQUEL,

*“la paraula abusiva no és afortunada, perquè centra la seva força de significació en el contingut de la clàusula contractual, i oculta que la nul·litat de les anomenades clàusules abusives no depèn solament del seu contingut, sinó a més i de mode essencial del procediment pel que s'estableix la regla contractual i de la qualitat d'empresari i consumidor dels contractants”*⁶³.

És a dir, en el control en qüestió no només es té en compte el contingut de la clàusula per valorar la seva abusivitat, sinó que també valora el procediment pel qual s'ha arribat a celebrar el contracte sota CGC entre empresari i consumidor,

⁶¹ STJUE de 26 de Gener de 2017, en assumpte C421/14 (ECLI:EU:C:2017:60), Banco Primus, S.A v. Jesús Gutiérrez García, apartat 59.

⁶² ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales. Anuario jurídico de la Rioja*, núm. 4, 1998, p. 54.

⁶³ MIQUEL. *Op. cit.*, p. 235.

s'ha de recordar que aquests tipus contractuals causen habitualment desequilibri entre drets i obligacions de les parts.

En resum, el professional en el procediment seguit per redactar la clàusula predisposada o la mateixa redacció d'aquesta (contingut) ha de tenir en compte l'exigència de la bona fe objectiva i el just equilibri de drets i obligacions, per tant, si la condició general imposada perjudica al consumidor i no compleix amb algun dels esmentats requisits no traspasarà el control de contingut, significat la possibilitat de que dita clàusula sigui declarada abusiva.

Una especialitat prèvia d'aquest control de contingut, breument analitzat en el present apartat, és el control de transparència material de les clàusules predisposades que afecten a l'objecte principal del contracte, conegut com *control de transparència reforçat o doble control de transparència*, el qual centrarà l'objecte del present treball per la seva rellevància pràctica.

3.3.3. Control de transparència reforçat

3.3.3.1. Article 4.2 Directiva 93/13

En principi, les clàusules predisposades incorporades a un contracte celebrat amb un consumidor, que afecten a l'objecte principal d'aquest, no es veuen afectades pel control de contingut analitzat en l'apartat anterior. Així ho senyala el considerant dinovè de la Directiva 93/13:

“L'apreciació del caràcter abusiu no ha de referir-se ni a clàusules que descriuen l'objecte principal del contracte ni a la relació qualitat/preu de la mercaderia o de la prestació”.

No obstant, l'Art. 4.2 Directiva 93/13, com punt de partida on es situa el control de transparència reforçat, disposa que:

“l'apreciació del caràcter abusiu de les clàusules no es referirà a la definició de l'objecte principal del contracte ni a l'adequació entre preu i retribució, per una part, ni als serveis o béns que hagin de proporcionar-se com contrapartida, per altre, sempre que dites clàusules es redactin de manera clara i comprensible”.

En conseqüència, el legislador comunitari exclou de l'àmbit objectiu d'aplicació del control d'abusivitat les clàusules que afecten als elements essencials del contracte (objecte principal del contracte i adequació entre el preu i contraprestació). No obstant, com senyala CÁMARA:

“Aquesta exclusió del règim de protecció desapareix i, en conseqüència, queden sotmeses als cànons de la Directiva sobre el caràcter abusiu les clàusules amb aquest contingut quan no es redacten de manera clara i comprensible”⁶⁴.

Per tant, per saber si una concreta CGC, que afecta a elements essencials, incorporada en un contracte amb consumidors ha de traspasar el control d'abusivitat, s'han de tenir en compte dues figures conceptuals esmentades en el citat precepte:

- *Objecte principal del contracte*: El TJUE en la Sentència referent a l'assumpte Van Hove va establir que afecten a l'objecte principal del contracte aquelles clàusules que regulen les prestacions essencials del contracte i que el caracteritzen en el seu conjunt⁶⁵.
- *Redacció clara i comprensible*: El TJUE, en la mateixa Sentència, va determinar que la redacció de la clàusula predisposada no només ha de resultar intel·ligible pel consumidor gramaticalment, sinó també que el contracte exposi transparentment el funcionament concret de la clàusula i la seva relació amb la resta de clàusules incorporades al contracte, de manera que el consumidor tingui possibilitat de valorar, basant-se en criteris precisos i intel·ligibles, les conseqüències econòmiques que se'n deriven⁶⁶. Per tant, podem dir que una redacció clara i comprensible és aquella redacció que és transparent.

⁶⁴ CÁMARA; *El control de las cláusulas «abusivas» (...)*. *Op. cit.*, p. 17.

⁶⁵ STJUE de 23 d'Abril de 2015, en assumpte C-96/14 (ECLI:EU:C:2015:262), Jean-Calude Van Hove v. CNP Assurances SA, apartat 33.

⁶⁶ STJUE de 23 d'Abril de 2015. *Op. cit.*, apartat 50.

En conseqüència, d'acord a la doctrina del TJUE hauran de sotmetre's al control d'abusivitat aquelles condicions generals incorporades a un contracte amb consumidors que regulin elements essencials del contracte i que no siguin realment clares i comprensibles (o el que és el mateix, transparents).

No obstant, el precepte en qüestió (Art. 4.2 Directiva 93/13) no va ser transposat formalment pel legislador espanyol, sembla ser per un error en la tramitació parlamentària⁶⁷. Però, majoritàriament, la doctrina s'ha pronunciat a favor de que dites clàusules estan sotmeses al control de contingut (test d'abusivitat) quan es dona l'excepció de no ser realment clares i transparents⁶⁸, entenent aquest filtre previ a l'avaluació d'abusivitat com un control de transparència material.

Seguint la mateixa línia, el TS mitjançant la Sentència 241/2013, de 9 de maig, va establir un control de transparència independent del control d'inclusió per donar cabuda a un control que pretén protegir al consumidor front les clàusules que afecten a elements essencials del contracte.

Des de la STS de 9 de maig de 2013, s'exigeix un plus de transparència respecte les clàusules que afecten a elements essencials del contracte en base a l'Art. 4.2 Directiva 93/13, és a dir, no només es requereix que les clàusules essencials traspassin el control de transparència formal (documental i gramatical), sinó que també se'ls exigeix un plus de transparència material (sobre el contingut).

Derivat d'aquest plus de transparència, el TS en l'esmentada Sentència va establir el control de transparència qualificat o, com ja s'ha dit anteriorment, *dobles control de transparència*, només per les clàusules que afecten a elements essencials del contracte.

⁶⁷ Així ho recullen diferents autors:

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al art. 7 de la LCGC”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coord.); *Comentarios a la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, Navarra, 2000, p. 250 i ss.;

CÁMARA; *El control de las cláusulas «abusivas» (...)*. *Op. cit.*, p. 61 i ss.

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.; *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 63.

⁶⁸ Així es senyala en: CAÑIZARES. *Op. cit.*, p.79 i ss.

La jurisprudència assentada per la Sala del Civil del TS en referència al doble control de transparència o transparència reforçada⁶⁹, amb base als Arts. 4.2 Directiva 93/13, 60.1 i 80.1 TRLDCU, ha exigit que:

“Les condicions generals dels contractes concertats amb els consumidors compleixin amb el requisit de transparència”.

Establint una doctrina consistent en que,

“a més del filtre o control d’incorporació (...), a les condicions generals en contractes concertats amb consumidors ha d’aplicar-se un control de transparència, com paràmetre abstracte de validesa de la clàusula predisposada, quan la condició general es refereix a elements essencials del contracte”⁷⁰.

En la mateixa direcció, CAÑIZARES defensa que,

“respecte dels elements essencials del contracte s’entén que les clàusules que es refereixen a aquests a més d’estar redactades de forma clara i comprensible (transparència formal) no han d’infringir un especial deure de transparència perquè de fer-ho les clàusules poden ser declarades nul·les per abusives, al provocar una alteració dels drets i obligacions de les parts”⁷¹.

A més redundància, en reiterades sentències el TJUE⁷² s’ha pronunciat en la mateixa direcció, determinant que en el control de transparència material

“no només és necessari que les clàusules estiguin redactades de forma clara i comprensible, sinó també que l’adherent pugui tenir un coneixement real de les mateixes, de forma que un consumidor informat

⁶⁹ STS 241/2013. *Op. cit.*; STS 333/2014, de 30 de Juny (ECLI:ES:TS:2014:2823); entre altres.

⁷⁰ STS 25/2018, de 17 de Gener de 2018 (ECLI:ES:TS:2017:4308). FJ4, apartat 3.

⁷¹ CAÑIZARES. *Op. cit.*, p. 81.

⁷² STJUE de 30 d’abril de 2014, en assumpte C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282), Kásler i Káslerne v. OTP; STJUE de 26 de Febrer de 2015, en assumpte C-143/13 (ECLI:EU:C:2015:127), Matei i Ofelia v. Volksbank Romània; STJUE de 23 d’Abril de 2015. *Op. cit.*

*pugui preveure, sobre la base de criteris precisos i comprensibles, la càrrega jurídica i econòmica del contracte*⁷³.

En conseqüència, el control de transparència reforçat té per objecte que l'adherent pugui conèixer fàcilment la càrrega econòmica i jurídica que tindrà el contracte sobre ell: La càrrega econòmica entesa com “*el sacrifici patrimonial realitzat a canvi de la prestació econòmica que vol obtenir*”; i la càrrega jurídica entesa com “*la definició clara de la seva posició jurídica tant en els elements típics que configuren el contracte celebrat, com en l'assignació dels riscos del desenvolupament del mateix*”⁷⁴.

3.3.3.2. Jurisprudència en relació al doble control de transparència

En els següents paràgrafs analitzarem quines són les circumstàncies i requisits tinguts en compte per la jurisprudència, al llarg d'aquests últims anys, per valorar si una determinada clàusula essencial supera el doble control de transparència.

A) Lectura del text contractual

En primer lloc, en la STS 25/2018, de 17 de gener, s'estableix que aquelles CGC que afecten

“elements essencials del contracte se'ls exigeix un plus d'informació que permet que el consumidor pugui adoptar la seva decisió de contractar amb ple coneixement de la càrrega econòmica i jurídica (...), sense necessitat de realitzar un anàlisi minuciós i detallat del contracte”⁷⁵.

Segons MORALES, amb aquest control material, el legislador pretén,

“desincentivar el regateig o negociació i lectura (de l'adherent), i simultàniament desincentivar els excessos que pugui cometre el predisponent en elaborar les condicions generals”⁷⁶.

⁷³ STS 25/2018. *Op. cit.* FJ4t, apartat 2.

⁷⁴ STS 25/2018. *Op. cit.* FJ4t, apartat 3.

⁷⁵ STS 25/2018. *Op. cit.* FJ4t, apartat 4.

⁷⁶ MORALES. *Op. cit.*, p 115.

És a dir, no es pot responsabilitzar al consumidor de llegir i entendre totes les CGC, sinó que ha de ser el professional que redacta el contracte el responsable d'informar adequadament al consumidor d'aquelles característiques essencials del contracte. Segons ALFARO,

“l'adherent no examina detalladament les condicions generals abans de procedir a la firma del contracte. Tal actitud provocada per la falta d'un interès que l'impulsi a la lectura és racional econòmicament”.

Imaginem quin seria el cost per un particular de contractar un assessor jurídic per poder comprendre un contracte d'una compravenda d'un telèfon mòbil, possiblement els serveis d'un assessor superarien el cost del mateix mòbil. En conclusió, la conducta del consumidor de no llegir les CGC és plenament raonable, no podent-se imputar a aquests un negligència per no llegir-les⁷⁷.

B) Clàusules sorprenents

També pot succeir el supòsit en que les clàusules sobre elements essencials a primera vista semblin clares, concretes i senzilles, però que en la seva aplicació es donin resultats sorprenents. La doctrina⁷⁸ anomena “clàusules sorprenents” aquests supòsits, el text del projecte de la LCGC les definia com aquelles que,

“d'acord amb les circumstàncies i, en especial, amb la naturalesa del contracte, resulten tan insòlites que l'adherent no hauria pogut comptar raonablement amb la seva existència”.

No obstant, aquesta definició va ser suprimida del text legal vigent. Tanmateix, els autors⁷⁹, majoritàriament, consideren que la doctrina de les clàusules sorprenents pot aplicar-se a la solució de conflictes.

⁷⁷ De manera similar ho exposa: CAÑIZARES. *Op. cit.*, p. 77.

⁷⁸ ALFARO; *Las condiciones generales (...)*. *Op. cit.*, p. 241 i ss.

⁷⁹ ALFARO; *Las condiciones generales (...)*. *Op. cit.*, p. 245 i ss.

CAÑIZARES. *Op. cit.*, p. 78.

GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia; *Las cláusulas de forma en las condiciones generales de la contratación. Panorama del Derecho Español*, p. 141. Ponència presentada en el Congrés Internacional sobre «Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto» celebrat en la Facultat de Dret de la Universitat italiana de Brescia el 26 de maig de 2006, organitzat sota la direcció del Professor FABIO ADDIS.

Aleshores, relacionant la doctrina de les clàusules sorprenents amb la funció de publicitat del control de transparència formal, com senyala MORALES, es pot afirmar que:

“La sorpresa generada al consumidor per falta de transparència en la redacció del reglament contractual no podrà perjudicar a aquest al prevaler la publicitat sobre la clàusula sorprenent”⁸⁰.

És a dir, el professional ha de facilitar al consumidor una informació clara, verdadera, comprensible i suficient sobre els elements essencials del contracte (publicitat contractual adequada), de no ser així, les clàusules que comportin una sorpresa sobre les característiques essencials del contracte (expectatives raonables i de bona fe del consumidor) no traspassaran el control de transparència reforçat.

Seguint el fil argumental, la doctrina establerta pel TS exclou,

“que pugui agreujar-se la càrrega econòmica que el contracte suposa pel consumidor, tal i com aquest l’havia percebut, mitjançant la inclusió d’una condició general que superi els requisits d’incorporació, però la transcendència jurídica o econòmica de la qual va passar inadvertida al consumidor perquè se li va donar un inapropiat tractament secundari i no es va facilitar al consumidor la informació clara i adequada sobre les conseqüències jurídiques i econòmiques de dita clàusula”⁸¹.

Per tant, veiem com el TS recull i aplica la doctrina de les clàusules sorprenents.

C) Circumstàncies tingudes en compte en la STS de 9 de maig de 2013 i marge de discrecionalitat del jutge

Altres circumstàncies tingudes en compte, van ser els sis motius pels quals es considerava no transparent la clàusula objecte del control de transparència reforçat en la STS de 9 de maig de 2013: Falta d’informació suficient de que es tracta d’elements essencials del contracte, creació d’aparences amb mala fe o obscures,

⁸⁰ MORALES. *Op. cit.*, p 376.

⁸¹ STS 367/2017, de 8 de Juny (ECLI:ES:TS:2017:2244). FJ 6è, apartat 5.

clàusula ubicada entre aclaparadora quantitat de dades, absència de simulacions d'escenaris diversos en fase precontractual i inexistència d'advertència clara i comprensible sobre el cost comparatiu amb altres productes de la pròpia entitat.

No obstant, no es tracta d'una “*relació exhaustiva de circumstàncies a tenir en compte*”⁸², sinó que es poden tenir en compte altres circumstàncies diferents alhora de valorar la transparència d'una clàusula concreta.

D'acord la STS 25/2018, de 17 de gener,

*“el perfecte coneixement de la clàusula, de la seva transcendència i de la seva incidència en l'execució del contracte, a fi que el consumidor pugui adoptar la seva decisió econòmica després d'haver sigut informat complidament, és un resultat insubstituïble, encara que susceptible de ser assolit per pluralitat de mitjans”*⁸³.

Per tant, es deixa marge discrecional al jutge per valorar el compliment de l'exigida transparència, tenint en compte “*totes les circumstàncies concurrents en el moment de la seva celebració*”⁸⁴.

D) Formació personal del consumidor

Un altre circumstància tinguda en compte, és la situació o formació personal del consumidor. La STS 367/2017, de 8 de juny, després de recordar que,

“en la contractació en massa, el consumidor centra la seva atenció, i per això el seu consentiment és ple, en el preu i en la prestació que rep a canvi”, disposa que “*no li és exigible, inclús encara que es tracti d'una persona amb formació, una ocupació intensiva en el examen del condicionat general que li permeti descobrir aquelles condicions generals que no tenen el tractament adequat a la seva naturalesa*” i que poden afectar a les condicions essencials del contracte⁸⁵.

⁸² STS 367/2017. *Op. cit.* FJ 6è, apartat 6.

⁸³ STS 25/2018. *Op. cit.* FJ 4t, apartat 4.

⁸⁴ Arts. 4.1 Directiva 93/13 i 82.3 TRLDCU.

⁸⁵ STS 367/2017. *Op. cit.* FJ 6è.

És a dir, es torna a subratllar el fet de que el consumidor no és responsable de llegir i comprendre un text contractual, el qual habitualment és d'una complexitat aclaparadora i inaccessible per un consumidor no especialitzat en la matèria.

E) Informació precontractual

En les últimes resolucions, tant del TJUE com del TS, s'ha destacat com a circumstància a tenir en compte la informació precontractual que es facilita per part de professional, “*perquè és en aquella fase quan s'adopta la decisió de contractar*”⁸⁶. La STJUE de 21 de març de 2013⁸⁷, declara el següent:

“En efecte, revesteix una importància fonamental pel consumidor disposar, abans de la celebració d'un contracte, d'informació sobre les condicions contractuals i les conseqüències de dita celebració. El consumidor decideix si desitja quedar vinculat per les condicions redactades per endavant pel professional basant-se principalment en aquesta informació”.

Seguint la mateixa argumentació, el TS ha declarat que,

*“la informació precontractual és la que permet realment comparar ofertes i adoptar la decisió de contractar”*⁸⁸.

Per tant, la informació precontractual és una circumstància clau perquè el consumidor pugui comprendre quin és el contingut real del contracte (jurídic i econòmic). Aleshores, podem concloure que una informació precontractual inadequada ha de ser una circumstància a tenir en compte pel jutge alhora de controlar l'abusivitat d'una clàusula per falta de transparència.

⁸⁶ STS 25/2018. *Op. cit.* FJ4t, apartat 7.

⁸⁷ STJUE de 21 de març de 2013, en assumpte C-92/11 (ECLI:EU:C:2013:180), RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen, apartat 44.

⁸⁸ STS 25/2018. *Op. cit.* FJ4t, apartat 8.

En resum, el test de transparència reforçat controla que les clàusules essencials incorporades al contracte siguin realment (materialment, és a dir, no només amb caràcter formal) clares, comprensibles i que compleixen un plus de transparència que permet al consumidor identificar, en base a una informació verídica i suficient, quin és el contingut real del contracte. És a dir, el consumidor ha de tenir una informació verídica i suficient sobre el contingut essencial del contracte (càrrega econòmica i jurídica), la qual li permeti conèixer e identificar quina és la distribució de riscos (és a dir, la transcendència de determinades clàusules predisposades) que es dona efectivament en el desenvolupament del contracte.

En paraules de CAÑIZARES, l'objectiu del control de transparència reforçat és verificar que,

“la informació subministrada permeti al consumidor percebre que es tracta d'una clàusula que defineix l'objecte principal del contracte, que incideix o pot incidir en el contingut de la seva obligació de pagament i tenir un coneixement real i raonablement complet de com juga o pot jugar en la economia del contracte”⁸⁹.

En conclusió, si el jutge entén, després de fer un judici raonat sobre les circumstàncies concretes de la clàusula objecte del control de transparència reforçat, que la informació precontractual i/o contractual rebuda per l'adherent és obscura, complexa, incomprensible, inaccessible, enganyosa o tant aclaparadora que provoca una formació defectuosa del consentiment, derivada de la falta de coneixement en referència a elements essencials del contracte, la clàusula en qüestió no traspasarà el control de transparència (comportament del professional deslleial i deshonest).

⁸⁹ CAÑIZARES. *Op. cit.*, p. 90.

3.4. Conseqüències de no traspasar el control de transparència reforçat

En aquest apartat, analitzarem els efectes de la falta de transparència en relació a clàusules predisposades que afecten a elements essencials del contracte, és a dir, s'exposarà quines son les conseqüències de que una clàusula predisposada que afecta a elements essencials del contracte no traspassi el control de transparència reforçat o doble control de transparència.

Que una clàusula predisposada no sigui transparent, en el termes exposats anteriorment, no significa que automàticament sigui desequilibrada i que causi un perjudici important al consumidor. D'acord amb CAÑIZARES, no s'ha d'establir aquest automatisme perquè

“el control de contingut suposa un anàlisi de la clàusula el paràmetre de judici de la qual és la bona fe i el desequilibri dels drets i obligacions de les parts que potser no tota falta de transparència provoqui”⁹⁰.

El TS s'ha pronunciat en la mateixa direcció, disposant el següent:

“És possible que una condició general inserta en un control celebrat amb un consumidor, tot i no ser transparent, no sigui abusiva, dons la falta de transparència no suposa necessàriament que les condicions generals siguin desequilibrades”⁹¹.

En conseqüència, l'efecte de que una clàusula predisposada i essencial no traspassi el control de transparència no és la seva declaració d'abusivitat de forma automàtica⁹², sinó que la conseqüència és “l'obligació de traspasar un control de contingut”⁹³. Aquest control de contingut és el mateix que han de traspasar genèricament les CGC que afecten a elements accidentals del contracte (veure en

⁹⁰ CAÑIZARES. *Op. cit.*, p. 95.

⁹¹ STS 25/2018. *Op. cit.* FJ 4t, apartat 9.

⁹² STS 367/2017. *Op. cit.* FJ 6è, apartat 25. – En referència a la no declaració d'abusivitat de forma automàtica en el cas de no traspasar el control de transparència reforçat: “Tal afirmació s'explica perquè aquesta falta de transparència pot ser, excepcionalment, innòcua per l'adherent, doncs tot i que el consumidor no pugui fer-se una idea com cal de la transcendència que determinades previsions contractuals poden tenir en la seva posició econòmica o jurídica en el desenvolupament del contracte, les mateixes poden no tenir efectes negatius per l'adherent”.

⁹³ CAÑIZARES. *Op. cit.*, p. 93.

apartat 3.3.2), és a dir, la clàusula predisposada que no ha traspassat l'especial control de transparència només serà declarada nul·la per abusiva en el cas que,

“en contra de les exigències de la bona fe causin, perjudici del consumidor i usuari, un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es derivin del contracte”⁹⁴.

En definitiva, el control de transparència reforçat és la clau que obre la porta del control de contingut (d'abusivitat) a les CGC incorporades en contractes amb consumidors que afecten a elements essencials del contracte, el qual de forma genèrica no és aplicable a aquest tipus de clàusules. En altres paraules, és un pas previ que s'ha de superar per poder sotmetre una CGC que afecta a elements essencials del contracte al control d'abusivitat.

⁹⁴ Art. 82.1 TRLDCU.

4. BREU REFERÈNCIA AL DEBAT SOBRE LA QÜESTIÓ EN ÀMBIT LEGISLATIU

En data 6 de novembre de 2017, el Grup socialista del Congrés dels Diputats va presentar una Proposició de Llei per “*l’impuls de la transparència en la contractació predisposada*”⁹⁵, per la qual es pretén modificar la LCGC i el TRLDCU, amb la finalitat d’harmonitzar la legislació en relació al desenvolupament doctrinal i jurisprudencial del TJUE i del TS en matèria de control de transparència de CGC, alhora que pretén polir les mancances legislatives estatals en relació a les Directives comunitàries.

Sense entrar a analitzar en profunditat la PLITCP, el Grup socialista mitjançant aquesta realitza les següents propostes:

- Reconeixement normatiu del control de transparència⁹⁶: Es proposa que el control de transparència sigui aplicable d’ofici, amb fonament en les exigències derivades del principi general de transparència i en els postulats de la justícia contractual.

A més, es proposa que el control de transparència tingui per objecte examinar si la configuració de la reglamentació predisposada respon als previs i especials deures contractuals que el professional té que facilitar per la comprensibilitat material, que no formal i gramatical, dels aspectes o elements que defineixin el producte o servei ofert, el seu correcte compliment i els riscos associats al mateix. De forma que el consumidor compregui no només el significat general de la contractació, sinó també l’abast jurídic i econòmic dels compromisos assumits.

⁹⁵ *Proposición de Ley de impulso de la Transparencia en la contratación predispuesta, por la que se modifica el TRLDCU, la LCGC, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores*. Presentada pel Grup Parlamentari Socialista en data 6 de Novembre de 2017. BOCG, Congrés dels Diputats, sèrie B, núm. 176-1, 10 de novembre de 2017.

⁹⁶ Art. 1r.2 PLITCP.

- Que la falta de transparència comporti directament l'abusivitat de la clàusula predisposada, sense necessitat de que concorri el perjudici o lesió per l'adherent⁹⁷.
- Extensió de l'àmbit d'aplicació del control de transparència no només a les clàusules que determinen l'objecte principal del contracte, sinó també a la resta de clàusules predisposades encara que el seu abast sigui accessori en la relació contractual⁹⁸.
- Extensió de l'àmbit d'aplicació del control de transparència a la contractació entre empresaris amb el mateix règim normatiu previst en el TRLDCU⁹⁹.

En definitiva, el Grup socialista pretén donar un pas endavant en l'harmonització de la normativa comunitària i la jurisprudència del TJUE i del TS amb la legislació estatal, perseguint la finalitat d'assolir un nivell elevat de protecció dels adherents en la contractació sota CGC, fet que comporta, com ja s'ha dit en aquest treball, un augment de la confiança en aquest tipus de contractació predisposada i consegüentment grans beneficis en l'actual sistema econòmic i social.

⁹⁷ Art. 1r.2 PLITCP.

⁹⁸ Art. 1r.2 PLITCP.

⁹⁹ Art. 2n únic PLITCP.

5. CONCLUSIONS

- 1) La protecció de l'adherent front un contracte sota CGC es justifica per la imposició del contingut contractual i la necessitat de cultivar la confiança de l'adherent en l'actual sistema econòmic-social.
- 2) El control de transparència formal no té la finalitat de que l'adherent conegui el contingut de les CGC, sinó de conèixer quines són les clàusules generals que formen part del contracte.
- 3) Actualment, el control específic de contingut de CGC no és aplicable en la contractació entre professionals. No obstant, aquesta postura legislativa és font de crítiques del sector doctrinal, en entendre's que el control de contingut s'ha de propugnar per la manera especial de contractar i no pels subjectes que contracten.
- 4) El professional ha de redactar les clàusules predisposades d'acord a la bona fe objectiva i al just equilibri entre drets i obligacions entre les parts. És a dir, si la condició general imposada perjudica al consumidor i no compleix aquests dos requisits, no traspasarà el control de contingut i serà declarada nul·la per abusiva.
- 5) En els darrers anys, el TS ha desenvolupat el control de transparència reforçat en base l'Art. 4.2 Directiva 93/13, precepte no transposat pel legislador estatal, amb la finalitat de protegir als consumidors de possibles clàusules abusives que afecten a elements essencials del contracte.
- 6) L'objecte del control de transparència reforçat és que l'adherent-consumidor pugui conèixer la càrrega econòmica i jurídica real que tindrà el contracte.
- 7) Si el jutge entén, després de valorar les circumstàncies concretes de la clàusula objecte del control de transparència reforçat, que la informació

precontractual i/o contractual rebuda per l'adherent és obscura, complexa, incomprensible, inaccessible, enganyosa o tant aclaparadora que provoca una formació defectuosa del consentiment, derivada de la falta de coneixement en referència a elements essencials del contracte, la clàusula en qüestió no traspasarà el citat control.

- 8) La conseqüència de que una clàusula no negociada individualment que afecta elements essencials del contracte no traspassi el control de transparència reforçat, és l'obligació de traspasar el control de contingut.
- 9) El control de transparència reforçat és un pas previ i necessari que cal superar per poder sotmetre una CGC, incorporada en un contracte amb consumidors, que afecta a elements essencials del contracte al control d'abusivitat.

BIBLIOGRAFIA

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús; *Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales. Anuario jurídico de la Rioja*, núm. 4. Págs. 53-70 (1998).

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús; *Las condiciones generales de la contratación*. 1ª ed. Civitas, Madrid, 1991.

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio; MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge; *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*. Tecnos, Madrid, 1999.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coord.); *Comentarios a la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, Navarra, 2000.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel; *El control de abusividad y transparencia: Caracterización y alcance. Cuadernos de Derecho y Comercio*. Núm. 62. Págs. 173–214 (2014).

CÁMARA LAPUENTE, Sergio; *Argumentaciones de los tribunales (y de la doctrina) para ampliar ambos controles a los contratos entre empresas (el marco jurisprudencial “heterodoxo”: construcciones extralimitadas)*, en *Almacén de derecho*, <http://almacenederecho.org/>. Publicació de 27 de juny 2016.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio; *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*. 1ª ed. Aranzadi, Navarra, 2006.

CAÑIZARES LASO, Ana; *Control de incorporación y transparencia de las condiciones Generales de la Contratación. Revista de Derecho Civil*. Vol. II, nº3, (2015 julio – septiembre).

COCA PAYERAS, M; *Aproximación al Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, en *La Notaria*, 1998.

DÍEZ-PICAZO, L; GULLÓN BALLESTERO, A; *Sistema de Derecho Civil*. 10ª ed. Tecnos, Vol. II, Tomo 1, Madrid, 2012.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María. *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*, Editorial Bosch, 2017.

GARRIDO FALLA, Fernando *et alii*; *Comentario a la Constitución*. 3ª ed. Civitas, Madrid, 2001.

GETE-ALONSO, Mª del Carmen; *Manual de Derecho Civil II*. 3ª ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia; *Las cláusulas de forma en las condiciones generales de la contratación. Panorama del Derecho Español*. Ponència presentada en el Congrés Internacional sobre «*Le clause de forme nelle condizioni generali di contratto*» celebrat en la Facultat de Dret de la Universitat italiana de Brescia el 26 de maig de 2006, organitzat sota la direcció del Professor FABIO ADDIS.

MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J; *Instituciones y Derecho de la UE*. 8ª ed. Tecnos, Madrid, 2014.

MARTÍN PÉREZ, J.A; *Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, en *Estudios sobre consumo* (dirigido por Sánchez Barrios, M. I.), Valencia, 2012.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María. “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *RJUAM*, nº 27, 2013-I.

MORALES QUINTANILLA, Carlos René; *Las condiciones generales de los contratos y el control de contenido frente a las cláusulas abusivas*. Tesis doctoral Universitat de Salamanca dirigida pel Professor Dr. Martín Pérez, 2015.

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.; *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo; “*La información precontractual como deber del oferente y derecho del consumidor (según la Directiva de Derechos de los consumidores 2011/83)*”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº56, 2014.

JURISPRUDÈNCIA CITADA

ATJUE d'11 de Juny de 2015, en assumpte C-602/13 (ECLI:EU:C:2015:397),
BBVA, S.A. v. Quintano Ujeta i Sánchez García.

STJUE de 14 de Març de 2013, en assumpte C-415/11 (ECLI:EU:C:2013:164),
Mohamed Aziz v. Catalunyacaixa.

STJUE de 21 de Març de 2013, en assumpte C-92/11 (ECLI:EU:C:2013:180),
RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen.

STJUE de 30 d'Abril de 2014, en assumpte C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282),
Kásler i Káslerne v. OTP.

STJUE de 26 de Febrer de 2015, en assumpte C-143/13 (ECLI:EU:C:2015:127),
Matei i Ofelia v. Volksbank Romània.

STJUE de 23 d'Abril de 2015, en assumpte C-96/14 (ECLI:EU:C:2015:260),
Jean-Calude Van Hove v. CNP Assurances SA.

STJUE de 26 de Gener de 2017, en assumpte C421/14 (ECLI:EU:C:2017:60),
Banco Primus, S.A v. Jesús Gutiérrez García.

STS 241/2013, de 9 de Maig (ECLI:ES:TS:2013:1916).

STS 333/2014, de 30 de Juny (ECLI:ES:TS:2014:2823).

STS 227/2015, de 30 d'Abril (ECLI:ES:TS:2015:1923).

STS 367/2016, de 3 de Juny (ECLI:ES:TS:2016:2550).

STS 669/2017, de 14 de Desembre (ECLI:ES:TS:2017:4308).

STS 367/2017, de 8 de Juny (ECLI:ES:TS:2017:2244).

STS 25/2018, de 17 de Gener (ECLI:ES:TS:2018:53).

LEGISLACIÓ

Codi Civil de 24 de Juliol de 1889.

Constitució espanyola de 17 de Desembre de 1978.

Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, de 7 de Desembre de 2000.

Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'Octubre de 2011, sobre els drets dels consumidors.

Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'Abril del 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors.

Llei 7/1998, de 13 d'Abril, sobre condicions generals de la contractació.

Proposició de Llei d'impuls de la Transparència en la contractació predisposada, per la que es modifica el TRLDCU, la LCGC, la Llei 50/1980, de 8 d'Octubre, de Contracte d'Assegurances y el RDL 4/2015, de 23 d'Octubre, pel que s'aprova el text refós de la Llei del Mercat de Valors.

Real Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de Novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei General per la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementaries.

Tractat de Funcionament de la Unió Europea.

Tractat de la Unió Europea.