

La incorrecta transposición de la
Directiva 93/13/CEE, de 5 de
abril de 1993 sobre cláusulas
abusivas al ordenamiento
jurídico interno español
(A propósito de la sentencia del TJCE de
9 de septiembre de 2004)

Javier Guillén Caramés

Profesor Titular de Derecho Administrativo.
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO: LA LCGC Y LA LGDCU.
 - III. LA REACCIÓN DE LA COMISIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES JURÍDICOS DE LOS CONSUMIDORES—1. *El problema de la armonización mínima en materia de protección de los consumidores.*—2. *La progresiva delimitación de la cláusula «alto nivel de protección» contenida en el artículo 153 TCE y su traslación a la Directiva 93/13/CEE. Las disposiciones de la legislación española cuestionadas por la Comisión.*
 - IV. LA RESPUESTA DEL TJCE: LA SENTENCIA COMISIÓN CONTRA ESPAÑA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2004—1. *Sobre la forma y el modo en que debe transponerse el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento interno: La paradójica interpretación de la denominada regla «contra preferentem» en favor del consumidor.*—2. *La protección que se deriva de la Directiva cuando las partes contratantes hayan escogido el Derecho de un tercer Estado como norma aplicable al contrato.*
 - V. CONCLUSIÓN.
-

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores tiene su base legal en el antiguo artículo 100 A TCE (en la actualidad 95) así como en el artículo 153 TCE que constituye el soporte jurídico fundamental de la articulación de una política de consumo por la Comunidad Europea¹. Concretamente el artículo 153 TCE dispone en su apartado 3, letra a):

«La Comunidad contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante: a) medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior».

De acuerdo con este precepto se aprobó la Directiva citada que perseguía, por tanto, una doble finalidad: por un lado, la consecución de un mercado interior sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales se encuentre garantizada; y, de otro la homogeneización de las legislaciones de consumo de los distintos Estados, debido a que las relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores eran muy heterogéneas, lo cual implicaba que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difirieran entre sí y a que pudieran producirse importantes distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de los servicios, en especial, cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros.

Resulta lógico que si lo que se requiere es que la contratación entre consumidores y profesionales pueda ser realizada con una cierta facilidad en el ámbito de la Comunidad Europea, ésta tiene que ser realizada a gran escala, esto es, mediante el empleo de formularios o contratos tipo –prerredactados por una de las partes–, propios de la contratación en masa². Es por esta razón que si lo que en última instancia se pretendía alcanzar por las instituciones comunitarias era la eliminación de las barreras jurídicas, que hasta esos momentos entorpecían el libre tráfico de servicios y mercancías en la Comunidad Europea, debía procederse a dotar de cierta uniformidad, a esta técnica de contratación, como es la que se deriva del uso de las condiciones

¹ Sobre la política comunitaria de consumo, *vid.*, J. GUILLÉN CARAMÉS, *El Estatuto jurídico del consumidor*, Civitas, Madrid 2002, pgs. 87 y ss.; S. CHILLON, «La politique communautaire de la consommation et la Conférence intergouvernementale», *Revue Européenne de la Consommation*, núm. 1, 1997, pgs. 56 y ss.; M. GOYENS, «Development of EC Consumer protection», en *EC Consumer safety* (Dir.: T. ASKHAM/A. STONEHAM), Butterworths, 1994, pgs. 41 y ss.

² *Vid.*, al respecto, J. M. BADENAS CARPIO, «Artículo 2», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Pamplona 1999, pg. 41.

generales de contratación, que con frecuencia suele ser empleada por los empresarios y profesionales para liberarse de ciertos riesgos y responsabilidades que, en algunos casos, de forma abusiva, hacen recaer sobre la otra parte contratante, que suele ser el consumidor.

Así pues la Directiva 93/13/CEE debe ser considerada como una disposición encaminada fundamentalmente a la protección de los consumidores, si bien no debe perderse de vista que lo que en última instancia persigue el legislador comunitario es dotar de un Derecho uniforme a todos los profesionales y empresarios de la Comunidad Europea, que sitúe a todos ellos en una mínima situación de igualdad respecto a los consumidores que forman parte del mercado común europeo. Por ello, resulta de especial trascendencia para el buen funcionamiento del mercado y de la economía europea que esta Directiva que tiene un contenido de mínimos sea correctamente adaptada a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, sin que deban existir o aparecer divergencias en lo que respecta a la aplicación de este mínimo denominador común que regula la presente Directiva.

Es en este marco donde cobra una especial importancia el examen de la sentencia del TJCE de 9 de septiembre de 2004 que pone fin a un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra España por no haber transpuesto de forma correcta la Directiva, especialmente en aquellas disposiciones de la misma de las que se derivan derechos para los consumidores y que constituyen el contenido mínimo y uniforme que deben tener todos los Estados en materia de cláusulas abusivas.

II. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO: LA LCGC Y LA LGDCU

La adaptación de la Directiva 93/13/CEE a nuestro ordenamiento jurídico interno suscitó un vivo debate acerca de cuál debía ser la fórmula legislativa precisa para obtener de forma eficaz el resultado perseguido por la normativa comunitaria. En este sentido el Consejo de Estado en su Dictamen 2939/1996, de 31 de octubre, establecía tres posibilidades: a) elaborar una Ley especial, transponiendo de forma separada y específica la Directiva; b) modificar parcialmente la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU), a los solos efectos de la transposición de la Directiva; y c) incorporarla a una nueva Ley sobre condiciones generales de contratación.

Esta última vía, a juicio del Alto órgano consultivo, era la más adecuada, ya que «permitiría extender la protección a los pequeños y medianos empresarios frente a los clausulados generales de las grandes empresas, aprovechando la propuesta de Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la

contratación elaborada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación»³.

Finalmente la transposición de la Directiva 93/13/CEE a nuestro ordenamiento jurídico interno tuvo lugar en un primer momento mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, que regula las condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC), cuya Disposición adicional Primera preveía la modificación de la LGDCU dando nueva redacción a su artículo 10 al que se le añadía un nuevo artículo 10 *bis* cuyo apartado tercero será objeto de impugnación por parte de la Comisión, como tendremos ocasión de examinar más adelante.

En definitiva dos son los textos legales –LGDCU y LCGC– que han transpuesto la Directiva 93/13/CEE y que constituyen el marco normativo interno de protección de los consumidores frente a la inclusión de cláusulas abusivas por parte de los empresarios o profesionales en las condiciones generales de contratación en los denominados comúnmente como contratos en masa. Si bien debe convenirse que en general la transposición se ha llevado a cabo de forma correcta, van a surgir dos puntos conflictivos a juicio de la Comisión relacionados con la interpretación que puede hacerse de la normativa española en relación con lo previsto en la Directiva que hará que la institución comunitaria considere que la norma comunitaria no ha sido transpuesta de forma correcta por el Estado español, lo que conducirá a la interposición del recurso por incumplimiento y que culmina con la sentencia del TJCE que constituye el objeto del presente comentario.

III. LA REACCIÓN DE LA COMISIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES JURÍDICOS DE LOS CONSUMIDORES

Con carácter previo al examen concreto de los preceptos de la normativa española que son cuestionados por la Comisión por no haber transpuesto de forma correcta la Directiva 93/13/CEE, opino que puede resultar de interés encuadrar el contexto en el que se mueve la política comunitaria de protección de los consumidores y ver cuáles son los márgenes y límites de su actuación respecto a las acciones que ulteriormente puedan adoptar los Estados miembros.

³ *Cfr.*, Dictamen núm. 3194/97, del Consejo de Estado. En relación con este tema puede señalarse que el Consejo de Estado entiende que la Directiva sobre cláusulas abusivas «parece haber querido conciliar dos modelos de protección: uno de ellos –modelo alemán–, trata de llevar a cabo una protección de todo contratante, incluidos los empresarios, frente a las condiciones generales de contratación; el otro –modelo francés–, pretende proteger a los consumidores frente a todo tipo de cláusulas abusivas, incluidas las que no son condiciones generales de contratación. El resultado final ha sido una norma que no protege a todo contratante, sino sólo a los consumidores, ni frente a todo tipo de cláusulas abusivas, sino solamente frente a las que no hayan sido negociadas individualmente».

1. El problema de la armonización mínima en materia de protección de los consumidores

Conviene, en primer lugar, realizar una breve reflexión acerca del principio de armonización mínima en el ámbito de la política comunitaria de protección de los consumidores y las consecuencias que se derivan del uso de esta técnica. Las Directivas basadas en este tipo de armonización, permiten a los Estados miembros, o bien, mantener sus disposiciones o adoptar medidas de mayor protección de los consumidores. Sin embargo, se plantea un problema respecto al uso de la armonización mínima: si un Estado miembro A adopta medidas de mayor protección que el Estado B en virtud de una directiva de armonización mínima, ¿puede el país A exigir el cumplimiento de sus normas más estrictas a los profesionales y empresarios de B, donde a los productos y servicios se les aplican reglamentaciones menos onerosas?, o bien ¿el país A tiene que limitar la aplicación de sus reglamentaciones a los nacionales de dicho Estado?⁴

Dos tesis enfrentadas, pueden servir de apoyatura a la hora de ofrecer soluciones a dichos problemas. La primera, a la que VAN HUFFEL denomina «*teoría del efecto limitado*», establece que en el supuesto de existir una medida de armonización, el comercio intracomunitario se encuentra asegurado, y por tanto el Estado miembro que ha adoptado las medidas de mayor protección en favor de sus consumidores, sólo las podrá imponer a sus operadores económicos, pero se verá imposibilitado de aplicarlas a los operadores del Estado con una normativa más laxa en materia de protección de los consumidores, en virtud del principio de reconocimiento mutuo. La consecuencia de esta tesis, es la llamada «*discriminación inversa*», es decir, la sujeción de los operadores nacionales a normas más estrictas que los de otros Estados miembros, acerca de la cual se ha pronunciado el TJCE⁵, negando la posibilidad de que pueda ser contraria al principio de no discriminación establecido en el TCE.

La segunda tesis, denominada por el mismo autor, «*teoría del efecto generalizado*» favorece la aplicación del principio de armonización mínima. En virtud de la misma, la medida comunitaria de armonización habilita de manera expresa a los Estados miembros a mantener o adoptar medidas de mayor protección de los consumidores, que se aplican indistintamente tanto a los operadores nacionales, como a los de otros Estados miembros. Como consecuencia de esta interpretación, la imposición de medidas más restrictivas a un operador extranjero, serían consideradas lícitas, siempre y cuando no se aplicaran de manera discriminatoria, se basen en la consecución de un inte-

⁴ Tomamos el ejemplo y la argumentación que le sirve de base, del excelente estudio de VAN HUFFEL, que aunque se refiere exclusivamente a la problemática de los establecimientos de crédito, puede ser tomado como ejemplo de los problemas que entraña la armonización mínima, VAN HUFFEL, M., «Rapprochement des législations interet general et exigentes impératives: analyse critique-L'exemple du Droit bancaire europeenne», *Revue Europeenne du Droit de la Consommation*, núm. 4, 1997 pgs. 271 y ss.

⁵ STJCE *Steen*, de 28 enero de 1992 (C-332/90), Rec. 1992, pg. I-341.

rés general (la protección de los consumidores) y, que cumplan el test de proporcionalidad establecido por la jurisprudencia del TJCE⁶.

Esta segunda tesis, resulta más favorable, no sólo para obtener una adecuada protección de los consumidores, sino igualmente, para evitar distorsiones en el mercado, que traigan como consecuencia una competencia desleal entre los operadores económicos, y por tanto la aparición de obstáculos y discriminaciones al comercio intracomunitario. En el caso de aplicarse la primera tesis, lo único que se conseguiría mediante la armonización mínima sería la discriminación de las empresas nacionales, sujetas a requisitos más estrictos que las de otros Estados miembros, pero que deben sufrir la competencia de otras no sujetas a ellos; y desde luego no se produciría una adecuada protección de los consumidores, ya que éstos se encontrarían expuestos a los productos y servicios procedentes de otros Estados miembros que no cumplen con las medidas internas⁷.

Hasta la adopción del TUE, las directivas que no contenían una cláusula concreta, que permitiera a los Estados miembros la adopción de medidas de mayor protección, en favor de los consumidores, eran consideradas directivas que tenían por objeto, la consecución de una armonización total sobre la materia que regulaban. Ello implicaba el desmantelamiento de las medidas nacionales de protección de los consumidores, con las consecuencias tan perjudiciales que ello conllevaba, para los intereses de aquellos consumidores de los Estados miembros que gozaban de un alto nivel de protección⁸; por el contrario, aquellos Estados miembros que no tenían un alto nivel de desarrollo en la protección de los consumidores, podían verse beneficiados por las medidas de armonización total.

Con el TUE, y en especial con el nuevo art. 153.5 TCE, se confirma el uso generalizado del principio de armonización mínima, por lo menos respecto

⁶ En contra de esta tesis, se manifiesta MORTELMANS, para quien, «las medidas más estrictas se limitan a los productos y a las prácticas comerciales de los Estados miembros que las imponen. En otras palabras, una directiva de armonización mínima no autoriza a un Estado miembro a adoptar medidas más estrictas o más restrictivas para las personas, productos o servicios de otro Estado miembro. Estos grupos de personas, productos o servicios se encuentran regidos por la directiva aplicable», «Harmonisation minimale et droit de la consommation», *Revue Européenne du Droit de la Consommation*, núm. 1, 1988, pgs. 3 y ss.

⁷ Se muestra a favor de la segunda tesis, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, que indica que «no tendría mucho sentido, ni desde el punto de vista comunitario ni desde el nacional de cada uno de los Estados miembros, admitir que éstos puedan mantener un nivel más elevado de protección de los consumidores, para luego permitir la entrada en ese mercado nacional de productos o servicios que queden por debajo de dicho nivel», *Derecho Comunitario y protección de los consumidores*, Actualidad Editorial, 1990, pg. 134. Para ver gráficamente, con un ejemplo, las consecuencias de la aplicación de estas dos tesis, *vid.* VAN HUFFEL, *op. cit.*, pgs. 273 y 274.

⁸ El European Consumer Law Group, ya mostraba esta preocupación, manifestando la necesidad de adoptar directivas de armonización mínima, que no perjudicaran a los consumidores de aquellos Estados miembros que gozaban de altos niveles de protección, *vid.* con más detalle: ECLG, «Consumer protection in the EC», pgs. 319 y ss.

de las acciones comprendidas en el art. 153.3. *b*), es decir, respecto a aquellas acciones que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros. ¿Qué ocurre respecto a las medidas a las que se refiere el art. 153.1. *a*)? En un principio, el TCE ha impuesto una limitación, al principio de armonización mínima, sobre estas últimas medidas –las adoptadas en el marco de la realización del mercado interior– lo que ha provocado diversas reacciones doctrinales, principalmente acerca de la posibilidad de conferir el carácter de mínimas a las medidas adoptadas en virtud del art. 153.1. *a*), en ausencia de una cláusula específica que así lo disponga.

La primera cuestión que nos debemos plantear es en qué medida es compatible la técnica de armonización mínima con el art. 95 TCE, que sirve de base jurídica para la adopción de dichas medidas. De acuerdo con lo establecido en el art. 95 TCE, hay que distinguir entre el mantenimiento de las disposiciones más favorables ya existentes (art. 95.4 TCE) y la adopción de otras nuevas (art. 95.5 TCE).

El art. 95.4 TCE dispone que «si, tras la adopción por el Consejo (...) de una medida de armonización, un Estado miembro estimare necesario aplicar disposiciones nacionales, justificadas por alguna de las razones importantes contempladas en el artículo 30 o relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente, (...) lo notificará a la Comisión», que confirmará la validez de dichas medidas una vez comprobado que «no se trata de un medio de discriminación arbitraria o de una restricción encubierta» (art. 95.5). En este sentido, si la medida comunitaria contiene una cláusula de armonización mínima, el mantenimiento de las disposiciones nacionales será factible en la medida en que lo permita dicha cláusula; con lo que se conseguirá el «alto nivel protección» establecido en el art. 153.1 TCE. Si, por el contrario, la medida comunitaria no contiene una cláusula de armonización mínima, la posibilidad de mantener las reglamentaciones nacionales más favorables para los consumidores, quedará sometida a lo dispuesto en el art. 95.4 TCE, que permite una interpretación favorable de los intereses de los consumidores⁹.

⁹ En este sentido, establece GUZMÁN ZAPATER: «que conforme a lo dispuesto en el controvertido párrafo 4 del art. 100 A), parece obvio que el objetivo “protección del consumidor” no podrá ser invocado por un Estado miembro como causa suficiente para hacer una reserva a la aplicación de la directiva, (...) a menos que se opine que la protección del consumidor es una de las excepciones implícitas en el art. 36 TCEE, cuando alude a “la protección de la salud y de la vida de las personas” y explícita en la jurisprudencia *Cassis de Dijon*», *vid.*, «El Acta Única, la creación del mercado interior y la protección de los consumidores: algunos problemas fundamentales», *La Ley-Comunidades Europeas*, 1988-1, pgs. 13 y ss.

Tomando como base, que las propuestas de armonización deben contener un «nivel de protección elevado», entendemos que debe realizarse esta interpretación *pro consumatore* del art. 100 A.4 TCE. A favor de esta interpretación se decantan MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, *Derecho Comunitario...*, *op. cit.*, pg. 137; VAN HUFFEL, M., «Rapprochement...», *op. cit.*, pg. 279; CHILLON, S., «La politique...», *op. cit.*, pgs. 51 y ss., abogando esta última por la introducción en el art. 100 A.4 *la protección de los consumidores* como una de las razones importantes que permitan mantener disposiciones nacionales contrarias a la medida de armonización comunitaria.

Distinto es el caso de la posibilidad de adoptar nuevas medidas nacionales de protección del consumidor, más estrictas que las contenidas en la norma comunitaria de armonización. En este supuesto, la inclusión de una cláusula de armonización mínima en la directiva, sólo podría producir sus efectos en la medida en que lo permite el art. 95.5, es decir, mediante la introducción de una cláusula de salvaguardia en la norma comunitaria, por uno o varios de los motivos no económicos enunciados en el art. 30 TCE, que de esta forma autoriza a los Estados miembros a adoptar «medidas provisionales sometidas a un procedimiento comunitario de control».

Según lo que acabamos de observar, la utilización de la técnica de la armonización mínima, respecto a las medidas de protección de los consumidores adoptadas en el marco de la realización del mercado interior, resulta posible, si bien es deseable, como hasta el momento se ha venido produciendo, la inclusión en la medida comunitaria de una cláusula de armonización mínima. En el caso contrario, aunque como hemos visto, cabe realizar una interpretación favorable a la armonización mínima, ésta resultaría más difícil, ya que cabría plantearse el porqué las instituciones comunitarias no han tomado como base jurídica en este caso el art. 153.5 TCE (respecto del que rige de forma expresa el principio de armonización mínima), en vez del art. 153.3.a) TCE. De todas formas, conviene destacar que la Comunidad sólo ha empleado la base jurídica del art. 153.5 TCE (antiguo art. 129 A.2) en una ocasión, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 98/6/CE, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores¹⁰, demostrando una vez más, una preocupación mayor por la consecución del mercado interior, que por la política de protección de los consumidores.

Por lo que se refiere a la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas puede resaltarse que la misma es un claro ejemplo de lo que son las Directivas de armonización mínima que en el ámbito de la protección de los consumidores son el instrumento jurídico que con mayor frecuencia ha sido empleado por las instituciones comunitarias. Del propio artículo 8 de la misma se deriva su carácter de mínima al establecer lo siguiente: «Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección».

2. La progresiva delimitación de la cláusula «alto nivel de protección» contenida en el artículo 153 TCE y su traslación a la Directiva 93/13/CEE. Las disposiciones de la legislación española cuestionadas por la Comisión

EL artículo 153 TCE que como ya se ha señalado constituye el arco de

Mantiene una posición contraria a esta tesis, estableciendo que la armonización mínima queda fuera del ámbito de las medidas comprendidas en el art. 129 A.1.a) TCE, MORILLAS JARILLO, M^a. J., «La protección...», *op. cit.*, pg. 594.

¹⁰ DOCE L 80, de 18 de marzo de 1998.

bóveda de todas las medidas comunitarias de protección de los consumidores, comienza señalando en su apartado primero que: «para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un *alto nivel de protección* la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses». De este modo se consagra la voluntad expresa de que las acciones que entablen las instituciones comunitarias deben alcanzar ese *alto nivel de protección*. Ello no va a suponer que el estándar de protección que se contengan en estas acciones implique que se tome el estándar más alto de protección de aquellos Estados miembros que gozan de una desarrollada y precisa legislación de consumo, ni tampoco el más bajo de los países menos desarrollados.

Este estándar que debe casar adecuadamente con la armonización mínima que este mismo precepto establece para las Directivas de protección de los consumidores, significa concretamente que el mínimo denominador común que van a tener las mismas con el objeto de poder homogeneizar las legislaciones de los Estados miembros debe buscar ese alto nivel de protección, sin perjuicio claro está de que los Estados miembros puedan adoptar medidas de mayor protección siempre y cuando no resulten incompatibles con el TCE.

A ello debe añadirse que ese estándar mínimo va a ser fijado por las instituciones comunitarias y, por tanto, a la hora de transponer las Directivas de armonización mínima en materia de protección de los consumidores van a ser éstas las que marquen la pauta respecto del modo y la forma en que deben transponerse las mismas, claro está dejando la libertad de medios a los Estados miembros a la hora de adaptarlas a su legislación interna con el fin de alcanzar el resultado perseguido por la norma comunitaria.

Pues bien, por lo que se refiere a la legislación española de transposición de la Directiva 93/13/CEE, la Comisión considera incorrecta la adaptación realizada por el Reino de España. Concretamente dos son los focos del conflicto:

–En primer lugar, el hecho de que el legislador nacional no haya precisado que la regla de la interpretación favorable al consumidor no se aplica en los supuestos de las acciones de cesación colectivas; ya que esa omisión puede implicar y poner en peligro la eficacia de tales acciones, en la medida en que el empresario o profesional, invocando la regla de la interpretación más favorable para el consumidor, podría obtener que no fuera prohibida una cláusula oscura y susceptible de ser interpretada como una cláusula abusiva.

–En segundo lugar, el artículo 6.2 de la Directiva garantiza la protección de todos los consumidores en todos los contratos celebrados con un profesional, mientras que el artículo 10 *bis* LGDCU tan sólo prevé dicha protección en lo que atañe a determinados tipos de contratos, concretamente los contemplados en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980.

JAVIER GUILLÉN CARAMÉS

Éstos serán los aspectos sobre los que tendrá que pronunciarse el TJCE y que paso a examinar.

IV. LA RESPUESTA DEL TJCE: LA SENTENCIA *COMISIÓN CONTRA ESPAÑA* DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Como acaba de exponerse la Comisión inició un recurso por incumplimiento contra el Reino de España de acuerdo con lo previsto en el artículo 226 TCE, al no haber adaptado de forma plena y de acuerdo con la obligación que tienen los Estados miembros de alcanzar el resultado perseguido por la Directiva 93/13/CEE¹¹.

El recurso gira en torno a dos ejes principales. El primero alude al incumplimiento por parte de España de incorporar de modo apropiado a su Derecho nacional la regla de interpretación contemplada en el artículo 5, tercera frase de la Directiva 93/13/CEE (1). Mientras que el segundo punto conflictivo se refiere a la adaptación incorrecta del Derecho nacional al artículo 6, apartado 2, de la citada Directiva, respecto a la norma relativa a la Ley aplicable cuando en los contratos que celebren los consumidores se recoja como norma aplicable al contrato el Derecho de un tercer Estado (2). Sobre estos dos asuntos conflictivos es sobre los que versará el objeto de nuestro comentario a este pronunciamiento jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo.

1. Sobre la forma y el modo en que debe transponerse el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento interno: La paradójica interpretación de la denominada regla «*contra preferentem*» en favor del consumidor

La primera cuestión objeto de la controversia jurídica se refiere, como ya hemos avanzado en el epígrafe anterior, a la adaptación del Derecho español de la tercera frase del artículo 5 de la Directiva. Recordemos que el artículo 5 prevé como regla principal que las cláusulas escritas de los contratos celebrados con los consumidores deberán estar siempre redactadas de forma clara y comprensible. La regla de interpretación que sigue dicho precepto se encuentra ubicada en las frases segunda y tercera señalando que

«(...) En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación *más favorable* para el consumidor. Esta norma de interpretación no será

¹¹ Según jurisprudencia reiterada por el TJCE, si bien es cierto que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una Directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, es indispensable, sin embargo, que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva, de tal manera que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea *suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los Tribunales nacionales, vid.*, entre otras, SSTJCE de 10 de mayo de 2001, *Comisión/Países Bajos*, C-144/99, Rec. pg. I-3541, apartado 17; y de 7 de mayo de 2002, *Comisión/Suecia*, C-478/99, Rec. pg. I-4147, apartado 18.

aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva».

A su vez los procedimientos establecidos en el artículo 7.2 de la Directiva 93/13/CEE son las denominadas acciones de cesación colectivas que «permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el Derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas»¹².

Pues bien, en relación con este punto el conflicto no se suscita en torno al contenido de la obligación derivada del artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, sino *del modo en que dicha obligación debe quedar contenida en el Derecho nacional*. En este sentido, como ya se examinó la Comisión considera que la restricción que se deriva del alcance de la regla de interpretación a favor del consumidor, prevista en el art. 5, tercera frase, de la Directiva, que comúnmente ha sido definida como *interpretación contra preferentem* tiene que venir señalada de forma expresa en la normativa legal, pues de otro modo puede implicar una disminución del nivel de protección de los consumidores y, por tanto, contrario al art. 153.1 TCE que establece la cláusula de la necesidad de garantizar un *alto nivel de protección de los intereses de los consumidores* de cara a proteger adecuada y correctamente sus intereses, como hemos tenido ocasión de significar más arriba.

A diferencia de lo mantenido por la Comisión, el Gobierno español sostiene que de la legislación española que transpone la Directiva 93/13/CEE se deriva implícitamente que la regla de interpretación contenida en la norma comunitaria se aplica de forma exclusiva a las acciones individuales y que, por tanto, «es superfluo establecer expresamente que no se aplica a las acciones de cesación colectivas previstas en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva». Para incidir un poco más en su posición, el Gobierno español indica que «tampoco es posible aplicar la interpretación más favorable para el consumidor (individual) en el marco de una acción que tiene por objeto que se prohíba el uso general de determinadas cláusulas abusivas».

Como puede traslucirse de ambas posturas enfrentadas el problema real que se deja entrever en este conflicto viene profundamente determinado por la forma y el contenido mínimo que tienen que dotar los Estados miembros a su legislación interna de protección de los consumidores a la hora de adaptar a sus correspondientes ordenamientos jurídicos internos las Directivas comunitarias de consumo que, recuérdese son Directivas de armonización mínima, como se desprende del propio artículo 8 de la Directiva 93/

¹² Como ya se ha señalado anteriormente una cláusula tendrá la consideración de «abusiva» de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE si «pese a las exigencias de la buena fe, (causa) en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

13/CEE al disponer que «los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección»¹³. No obstante, el contenido mínimo que puede verse ampliado por el legislador nacional, tiene que venir definido por las instituciones comunitarias y, por ende, por la norma comunitaria y no por la libre interpretación del Estado miembro a la hora de transponer la misma.

Como destaca el Abogado General Geelhoed los Estados poseen la facultad

«de elegir la forma y los medios para obtener el resultado perseguido por una Directiva. En este sentido, (...) la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y literal de sus preceptos en una disposición legal expresa y específica. En función de su contenido, puede ser suficiente un contexto jurídico general, siempre que éste garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva de manera suficientemente clara y precisa, para que, si la Directiva tiene como fin crear derechos a favor de los particulares, los beneficiarios estén en condiciones de conocer todos sus derechos y de ejercerlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales».

Esta reflexión final es de indudable trascendencia en el ámbito de los consumidores, puesto que en la mayor parte de los supuestos las Directivas de protección del consumidor atribuyen derechos a los mismos, por lo que resulta especialmente importante la correcta transposición de las mismas, por lo menos en lo que se refiere a su contenido mínimo, ya que va a ser a través de este mecanismo como se permita establecer unos estándares comunes y homogéneos de protección de los consumidores de todos los Estados miembros¹⁴.

Por lo tanto, en la presente controversia, dado que la normativa española recoge literalmente el artículo 5, segunda frase de la Directiva 93/13/CEE, se plantea el dilema de si de dicha normativa igualmente se deduce de forma clara que el ámbito de aplicación de la regla de interpretación se limita a las acciones individuales y que, por tanto, de conformidad con el

¹³ *Vid.*, *supra* epígrafe III.

¹⁴ En consecuencia, como señala el TJCE en su sentencia de 10 de mayo de 2001, *Comisión/Países Bajos*, C-144/99, Rec pg. I-3541, apartado 21, «el Derecho nacional debe garantizar que el resultado que deba conseguirse con la Directiva se obtenga efectivamente. Los derechos que las Directivas atribuyen a los particulares deben quedar establecidos de modo preciso y claro. Además, los órganos (jurisdiccionales) nacionales competentes deben garantizar de modo efectivo su protección. Si existen dudas sobre la conformidad de la normativa nacional con las disposiciones de una Directiva que tiene por objeto conferir derechos a los particulares, éstas no pueden resolverse invocando la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales interpreten dichas normas de modo sistemático o de modo conforme con la Directiva». Como ha declarado el TJCE, «en particular en el ámbito de la protección de los consumidores, una jurisprudencia nacional, aun cuando se la reputa consolidada, que interprete unas disposiciones de Derecho interno en un sentido considerado conforme con las exigencias de la Directiva no puede tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir con la exigencia de seguridad jurídica».

artículo 5, frase tercera de la Directiva, no es de aplicación a las acciones de cesación colectivas. En este sentido, como se pronuncia el TJCE para apreciar si queda garantizado el resultado perseguido por la norma comunitaria debe examinarse en primer lugar *«la ratio de dicha disposición que puede parecer paradójica a primera vista»*.

En este sentido, la regla de interpretación contenida en el artículo 5, segunda frase, de la Directiva, reviste un carácter subsidiario, puesto que sólo se va a aplicar cuando, tras la apreciación de una cláusula presuntamente abusiva con arreglo a los métodos de interpretación habituales, se siguen manteniendo dudas sobre su significado. De este modo en un litigio entre un consumidor y un profesional acerca de la cláusula de un contrato, ésta se interpreta en este supuesto del modo más favorable para el consumidor. Así resulta claro que en este caso concreto se trata de situaciones en las que se ha celebrado un contrato y, *a posteriori*, es cuando debe procederse al análisis de si tiene o no carácter abusivo. Como precisa el Abogado General Geelhoed «dicha regla de interpretación es coherente con la finalidad de la Directiva, que consiste en proteger al consumidor cuando celebra contratos».

Sin embargo, cuando se trata del ejercicio de acciones de cesación colectivas, éstas se distinguen por su naturaleza jurídica, de las acciones ejercitadas por consumidores individuales contra un profesional por una serie de características fundamentales. Así, en primer lugar las acciones de cesación tienen como finalidad, a través de una actuación de carácter eminentemente preventivo, proteger a los consumidores en general frente a la aplicación de cláusulas que se encuentren insertas en las condiciones generales de contratación y que puedan ser consideradas como abusivas. En este marco, resulta claro que la situación de desequilibrio o de debilidad en la que se encuentra el consumidor queda compensada mediante una intervención ajena al mismo¹⁵.

A su vez en las acciones previstas en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE, los órganos administrativos o jurisdiccionales deben apreciar, de conformidad con las reglas de interpretación habituales en cada Derecho nacional, en el caso de que una cláusula pueda considerarse abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva deben poner fin al empleo de dicha

¹⁵ Como establece la sentencia del TJCE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, Rec. pg. I-4941, apartado 27, «el sistema de tutela instaurado por la Directiva se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes en el contrato. Por tal razón, el artículo 7 de la Directiva, que en su apartado 1 exige a los Estados miembros velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, precisa, en su apartado 2, que estos medios deben permitir a las organizaciones de consumidores reconocidas acudir a los órganos judiciales competentes con el fin de que éstos diluciden si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y lograr, en su caso, que cese su aplicación, aun cuando no hayan sido utilizadas en contratos determinados».

cláusula. Si, existe alguna duda, aplicando la regla *contra preferentem*, es posible interpretar de modo favorable para el consumidor la cláusula de que se trate, se llegará a la conclusión de que no es necesario eliminar dicha cláusula, y esto, en suma, no es necesariamente lo mejor para los intereses de los consumidores. Para obtener el resultado más conveniente para el consumidor, en el marco de una apreciación abstracta en una acción de cesación colectiva debe partirse de las consecuencias negativas de una cláusula para los intereses generales de los consumidores. Por tanto, como destaca el Abogado General en sus Conclusiones:

«la paradoja consiste en que en dicha situación una interpretación no favorable para el consumidor genera un mayor grado de protección del consumidor».

Ésta es la causa por la cual la regla de interpretación del artículo 5, segunda frase, de la Directiva no resulta aplicable a las acciones de cesación colectivas. De conformidad con el artículo 5, frase primera, antes de la celebración de un contrato, las cláusulas contenidas en las condiciones generales de contratación y que han de ser aplicadas a un gran número de relaciones contractuales deben resultar totalmente claras y comprensibles para el consumidor, de tal modo, que el fin perseguido por esta disposición no puede quedar sujeto a las distintas interpretaciones que pueda recibir dicha cláusula.

Por estos motivos el ordenamiento jurídico nacional debe garantizar, dentro del campo de aplicación de las acciones de cesación colectivas previstas en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva, que mediante la apreciación de las cláusulas contenidas en las condiciones generales de contratación se obtenga el resultado más conveniente para el consumidor. En el contexto de la Directiva dicho resultado se consigue excluyendo que pueda aplicarse la regla *contra preferentem* al realizar dicha apreciación, de modo que, en este marco, sólo resulten aplicables los métodos de interpretación habituales en el Derecho nacional.

En base a este razonamiento el TJCE concluye que si bien no existen indicios concretos de que la citada regla se aplique efectivamente, de modo contrario a la Directiva, al apreciar cláusulas en el contexto de las acciones de cesación colectivas, no puede afirmarse con certeza que el ordenamiento jurídico español no garantiza el resultado perseguido por la Directiva. Sin embargo, del ámbito de las disposiciones legales relevantes se deduce que existe la posibilidad jurídica de que se aplique dicha regla de interpretación en los supuestos de acciones de cesación colectivas. Por ello,

«cuando una regla relativa a la interpretación de una disposición de una normativa constituye un elemento determinante del contenido de dicha disposición, dicha regla también debe quedar establecida del mismo modo que la disposición a la que hace referencia».

Por lo que al no encontrarse prevista de forma expresa en la LGDCU y en la LCGC esta previsión de la Directiva el TJCE conviene que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que se derivan del TCE y de la Directiva 93/13/CEE.

2. La protección que se deriva de la Directiva cuando las partes contratantes hayan escogido el Derecho de un tercer Estado como norma aplicable al contrato

El segundo hecho relevante del presente comentario de jurisprudencia se refiere al modo en que España ha incorporado el artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CEE. En concreto este precepto dispone lo siguiente:

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

La finalidad esencial de esta disposición se encuentra encaminada a garantizar la protección de todos los consumidores cuando celebren todo tipo de contratos con un profesional. Este precepto tiene un ámbito de aplicación más amplio que la norma de transposición española, concretamente el artículo 10 *bis* apartado 3 que fue introducido por la LCGC que establece:

«Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales».

Finalmente el artículo 5 del citado Convenio de Roma prevé que la elección por las partes de la Ley aplicable al contrato no podrá privar al consumidor de la protección que le dispensan las disposiciones imperativas de la Ley del país en el que tenga su residencia habitual, cuando concorra alguno de los supuestos previstos en el citado precepto. De igual modo, conforme al apartado primero del citado artículo éste se aplica a los contratos celebrados por los consumidores que tengan por objeto el *suministro de bienes muebles corporales o de servicios y los contratos destinados a la financiación de tales suministros*.

La discusión en torno a la adaptación efectuada por el Estado español del artículo 6.2 de la Directiva gira en torno a la interpretación del concepto jurídico indeterminado *«estrecha relación»* con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad, introducido por esta Directiva. En este sentido, como ya avanzábamos anteriormente, este artículo tiene por objeto garantizar que no se eluda la protección conferida por la norma comunitaria por el hecho de que las partes contratantes hayan escogido el Derecho de un tercer Estado como Ley aplicable al contrato. Para lograr este objetivo la Directiva prevé un criterio amplio como punto de conexión: *debe existir una estrecha relación entre el contrato y el territorio de un Estado miembro*. Este criterio, en opinión del Abogado General Geelhoed «permite una interpretación flexible». De este modo, continúa señalando,

«se establece una exigencia mínima para activar la protección de la Directiva cuando las partes hayan decidido aplicar a su contrato el Derecho de un tercer Estado. Por el contrario, la remisión al artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, prevista en el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Ley del ordenamiento jurí-

dico español no garantiza la aplicación de las disposiciones de la Directiva a todos los casos a los que se refiere el artículo 6, apartado 2, de dicha Directiva».

A este respecto debe precisarse que el citado artículo 5 del Convenio de Roma somete la aplicación del Derecho imperativo del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual, con independencia de la Ley aplicable al contrato que hayan escogido las partes contratantes, a unos requisitos que no se encuentran determinados en el tenor literal de la Directiva; en concreto a: 1) que la celebración del contrato haya sido precedida, en ese país, por una oferta o por publicidad, y que el consumidor haya cumplimentado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato; 2) que la otra parte contratante haya recibido el pedido del consumidor en ese país; o 3) que el vendedor haya organizado un viaje con el fin de incitar al consumidor a comprar.

Estas limitaciones restringen de forma ostensible el alcance de la protección que depara el artículo 6.2 de la Directiva. A ello se añade que el ámbito de aplicación del artículo 5 del Convenio de Roma se encuentra circunscrito a los contratos citados en dicha disposición, a diferencia de la Directiva que se refiere a todos los contratos que un consumidor celebre con un profesional, de tal modo que determinadas categorías contractuales podrían quedar fuera del ámbito de protección de la norma española de adaptación de la Directiva, concretamente nos estamos refiriendo al artículo 10 *bis*, apartado 3.

En conclusión el TJCE establece que:

«en cuanto a la conexión con la Comunidad, el artículo 6, apartado 2, de la Directiva se limita a indicar que el contrato debe mantener una *estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*. La finalidad de esta formulación genérica es permitir que se tomen en consideración diversos elementos de conexión en función de las circunstancias del caso concreto»;

añadiendo que a pesar de que:

«el concepto deliberadamente vago de *estrecha relación* que utiliza el legislador comunitario pueda eventualmente concretarse mediante presunciones, no es posible, en cambio, restringir dicho concepto mediante una combinación de criterios de conexión previamente definidos, tales como los requisitos acumulativos relativos a la residencia y a la celebración del contrato contemplados en el artículo 5 del Convenio de Roma».

De este modo, al referirse de forma expresa el artículo 10 *bis* de la LGDCU y de manera implícita el artículo 3, párrafo segundo, de la LCGC, al artículo 5 del Convenio de Roma, estas disposiciones que son las que adaptan la normativa comunitaria, introducen a juicio del TJCE una *restricción incompatible con el nivel de protección fijado por ésta*. De nuevo el TJCE mantiene su criterio de que los derechos que las Directivas confieren a los particulares deben quedar establecidos por el Derecho nacional de forma clara y precisa, sin que pueda encontrar justificación por parte de los Estados miembros el argumento de poder realizar interpretaciones sistemáticas o integradoras de las disposiciones aplicables de su normativa específica en ámbitos tan sensi-

bles para los derechos de los ciudadanos como lo es la protección del consumidor.

V. CONCLUSIÓN

En el presente pronunciamiento jurisprudencial del TJCE quedan confirmados algunos aspectos de indudable trascendencia para la protección de los consumidores y confirma la importancia de la política comunitaria de consumo como motor de impulso de las políticas de los Estados miembros en esta materia que en más de alguna ocasión se encuentran en un estado inerte a la espera de que la Comunidad Europea las ponga en marcha.

En primer lugar, se confirma por el TJCE que va a ser la Comisión la que deba fijar en el ámbito de las cláusulas abusivas cuál es el contenido mínimo que se establece en la Directiva y cómo debe transponer el mismo a los ordenamientos nacionales, no siendo válido que los Estados miembros acudan a reglas de interpretación sistemática para colmar las lagunas jurídicas que se deriven de una incorrecta o de una falta de transposición de la norma comunitaria. A ello se suma que en caso de duda de cómo debe efectuarse la denominada interpretación *pro consumatore* van a ser los órganos comunitarios los que establezcan qué es lo que debe considerarse más correcto para una adecuada protección de los consumidores con el fin de poder alcanzar el *alto nivel de protección* que les exige el artículo 153 TCE.

Igualmente, se delimita el alcance que va a tener la protección que depara la Directiva 93/13/CEE en aquellos contratos que se celebren con un Estado tercero cuando además se escoja como Derecho aplicable al mismo el de éste. En este punto, la sentencia adolece, en mi opinión, de una laguna pues no delimita de forma clara y precisa qué debe entenderse por «*estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*» como criterio determinante de aplicación de la Directiva. En este sentido, establece que se podrán acudir a determinadas presunciones para concretar el significado de este concepto jurídico indeterminado, pero no señala ni tan siquiera a modo de ejemplo cuáles van a ser éstas o quién las debe fijar en caso de que en cada Estado estas reglas de interpretación puedan variar, complicando de este modo una clara y precisa reimitación de este concepto.

En definitiva, puede señalarse que con esta sentencia el TJCE da un paso más en la delimitación del contenido y del alcance de lo que debe constituir la consecución de un alto nivel de protección en las medidas que la Comunidad adopte tendentes a la protección de los diversos intereses de los consumidores.