

modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», elaborada en la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, donde pretenden catalogarse como «mercantiles» todos los contratos que se celebren por los empresarios con los consumidores. Basada al parecer tal iniciativa en la desconfianza que a la propia Comisión General de Codificación le merece el creciente proceso de disgregación del Derecho común, paralelo a la proliferación de la legislación autonómica en materia de consumo, el autor no vacila en observar que «ni el principio constitucional de la unidad de mercado ni el de seguridad formal deben servir de baluarte o coartada para consagrar oficialmente el carácter exclusivamente “mercantil” de todo el Derecho de contratos con consumidores o usuarios».

Es un trabajo profundo donde se estudian un enorme abanico de cuestiones y ello queda reflejado en la inevitable y necesaria extensión de la misma.

Cristina FUENTESECA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?* ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, 205 pp.

1. Los elementos esenciales de un contrato ¿pueden ser sometidos a control por medio de la legislación sobre cláusulas abusivas cuando resulten perjudiciales para el consumidor y hayan sido impuestos por medio de cláusulas predisuestas? Ésta es la pregunta con la que Sergio Cámara Lapuente da comienzo a una interesante obra en la que se estudia de nuevo el tema del posible sometimiento a control de contenido de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, tema cuya solución, lejos de quedarse en un plano meramente dogmático, influye sobre cuestiones tan trascendentes como la legitimación de los jueces para entrar a controlar la justicia objetiva del contrato o la equivalencia de las prestaciones, o para dictaminar el precio justo, como mecanismo de protección de los consumidores.

El autor, Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad de La Rioja, aborda el estudio de esta materia con precisión y claridad, desentrañando a lo largo de la obra las claves de una polémica que surgió en nuestro Ordenamiento a partir de lo que la mayoría de la doctrina –y el propio Cámara Lapuente– califica de error en el proceso legislativo de transposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Concretamente, la omisión en este proceso legislativo de la transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva –que es el que excluye el control de contenido respecto de las cláusulas sobre el objeto principal del contrato y sobre la relación calidad/precio, siempre que las mismas se redacten de manera clara y comprensible– ha dado lugar a una disparidad de interpretaciones respecto a la efectiva transposición o no a nuestro ordenamiento de dicha norma, disparidad que, como destaca el autor, se ha trasladado a la jurisprudencia y ha generado cierta inseguridad jurídica.

El profesor Cámara Lapuente se enfrenta a este tema con el objetivo de atajar dicha inseguridad, tratando de proporcionar una serie de pautas o criterios que sirvan para establecer una solución satisfactoria y uniforme.

2. Para ello, el autor declara desde un primer momento su intención de enfocar el análisis desde una doble perspectiva: la propia Directiva 93/13/CEE, y su incorporación a los diversos Estados miembros de la UE, y el análisis de la jurisprudencia recaída en nuestro país sobre el tema. De ambos enfoques, el estudio del derecho comparado europeo es, quizá, uno de los mayores aciertos de la obra, en la que se expone un completo panorama de cómo se ha recibido el artículo 4.2 de la Directiva en los diversos ordenamientos nacionales, así como los problemas que ha planteado en ellos. Esta exposición resulta especialmente meritoria, a mi juicio, no sólo porque pone de relieve la relativa disparidad de resultados que genera el instrumento de la Directiva como vía de armonización del Derecho europeo, sino también –y sobre todo– porque permite perfilar con mayor precisión la solución más idónea para los propios problemas nacionales. Así lo hace, de hecho, el autor, quien, tras declarar inicialmente que el método que va a emplear a lo largo de la obra es el comparatista, hace uso con gran maestría de este derecho comparado, acudiendo a él allí donde resulta pertinente o ilustrativo y allí donde puede ofrecer un posible modelo de cara a una futura regulación en España sobre esta materia concreta. Tal buen hacer en el manejo del Derecho comparado, sin embargo, no resulta sorprendente en un jurista como Cámara Lapuente que, desde hace ya varios años, ha centrado una de sus líneas de investigación en la armonización del Derecho privado europeo y ha participado y participa en diversos foros y proyectos internacionales de estudio sobre estas cuestiones (entre los que hay que destacar, especialmente, su integración en el grupo de juristas europeos del Proyecto *European Common Core of Private Law*, coordinado por los Profesores Mattei y Busani de la Universidad de Trento, así como su ponencia en el *Compendium on EU Consumer Law Acquis*, elaborado en el año 2006 para la Comisión Europea). Todo ello le proporciona una innegable solvencia en el conocimiento y empleo del Derecho de los países de nuestro entorno, que ha quedado perfectamente acreditada en esta obra.

3. Los objetivos y presupuestos arriba mencionados quedan ya plasmados en el primer apartado del libro, que sirve como introducción y planteamiento del tema. En este apartado inicial se presentan las bases de la polémica –en los términos aquí expuestos–, así como el plan o estructura a través del cual se va a desarrollar el análisis de la misma. A través de este plan de la obra, sucintamente expuesto en las primeras páginas de la misma, se puede comprobar ya desde un principio que ésta responde a un desarrollo lógico y bien estructurado que permite al lector conocer progresivamente los elementos que conducen al autor a las conclusiones que finalmente alcanza.

Uno de estos elementos utilizados posteriormente por el autor, presente ya desde el principio, es un informe de la Comisión Europea de evaluación de los cinco primeros años de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, publicado en el 2000. Dicho informe –elemento novedoso en el tratamiento de la materia, aunque hay que señalar que de mínimo valor normativo– es aportado por el autor en este capítulo introductorio no sólo como una prueba de la necesidad de abordar un estudio de esta cuestión, sino también, en parte, como instrumento del que se servirá para apoyar, como veremos, una de las conclusiones de la obra que más oposición puede suscitar entre la doctrina que ha profundizado en el tema (por todos, J. Alfaro, J. M.^a Miquel y F. Per-

tíñez): el carácter de la Directiva como Directiva de mínimos en relación a la exclusión del control de contenido de las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato.

4. El segundo apartado del libro se centra en analizar la transposición del artículo 4.2 de la Directiva en los diversos ordenamientos comunitarios. Hay que destacar aquí que este estudio no se limita a una mera exposición de cómo se ha desarrollado la transposición del mencionado precepto en los Estados miembros que, efectivamente, lo han incorporado, sino que va más allá, completando el panorama con la situación de los Estados miembros en los que la transposición no ha tenido lugar. De hecho, a juicio del autor, esta situación no ha recibido hasta ahora la atención que merece, omisión que él subsana dedicándole unas breves páginas. En ellas, se pone de relieve el elevado número de países que no ha llevado a cabo la mencionada transposición (un total de diez), así como la voluntad expresa de algunos de ellos –concretamente, los países nórdicos– de no llevarla a cabo en lo relativo a la exclusión del control de contenido sobre las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato, en un intento de proporcionar una mayor protección a los consumidores, coherente con sus modelos económicos de cuño más social.

Mayor espacio se dedica a los países en los que se ha llevado a cabo la transposición del artículo 4.2 de la Directiva, quizá porque parece que la situación y los problemas a los que se han enfrentado estos Estados, de acuerdo con los diversos matices de la transposición realizada, pretende mostrarse como ilustración de lo que debería o no debería hacer el legislador español en el futuro. En este apartado se exponen, pues, con cierto detalle los avatares de la transposición del artículo 4.2 en aquellos Estados miembros de la UE que han incorporado este precepto a su derecho nacional. Éstos se clasifican de acuerdo con el instrumento a través del que se ha realizado la transposición –Código civil, Código de consumo, leyes especiales sobre cláusulas abusivas o varios textos legislativos–, criterio que no se justifica por el autor y cuya pertinencia resulta, en cierto modo, cuestionable, pues los problemas planteados en cada Estado no parecen derivar tanto del instrumento empleado para la transposición como, más bien, de los términos más o menos literales empleados por el legislador nacional en la transposición de la Directiva, o del *iter* de la misma.

En esta clasificación, el análisis se centra, principalmente, en los países que no han transpuesto literalmente el precepto, que son los que ofrecen un mayor interés por los problemas que esto ha planteado. Así, se pone un énfasis particular en el caso de Alemania (cuna de la doctrina que inspiró la redacción del art. 4.2 de la Directiva), los Países Bajos (obligados por la STJCE de 10 de mayo de 2001 a incluir una mención expresa al deber de transparencia recogido por el art. 4.2, lo que ha servido de ejemplo para la transposición de la norma en otros países, como Francia) y Reino Unido (del que se destaca la labor jurisprudencial de perfilamiento de los términos del art. 4.2 y las propuestas de reforma de las normas en él recogidas). El estudio de la transposición del artículo 4.2 concluye con un breve examen de la acogida que ha recibido en los textos de armonización del Derecho europeo, tanto los *PECL* de la Comisión Lando, como el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos del Profesor Gandolfi.

De todo ello extrae el Profesor Cámara Lapuente dos importantes conclusiones con las que finaliza este apartado. La primera es que es lícito no incorporar el límite del artículo 4.2 de la Directiva a los ordenamientos nacionales, con el objetivo de aumentar la protección de los consumidores, conclusión

que apoya en el Informe de la Comisión al que hizo referencia en el apartado primero y en el hecho de que, en efecto, tal incorporación no se ha producido en diez Estados miembros. Con ello, el autor se enfrenta a una importante corriente doctrinal –a la que él mismo se refiere en nota al pie– que sostiene que, en este punto, la Directiva no es de mínimos. Ahora bien, sin entrar aquí de lleno al debate, sí hay que señalar brevemente a este respecto que esta tesis no sólo resulta cuestionable en sí misma, a la luz de nuestro modelo económico, sino que, además, los propios razonamientos que ofrece el autor en su apoyo no acaban de convencer, ya que la argumentación resulta, a mi juicio, algo débil, pues, a fin de cuentas, se apoya en un texto sin valor normativo y en lo que no deja de ser un mero hecho. Por ello, es más importante la segunda conclusión que extrae el autor, respecto a que, en cambio, sí existe obligación de transponer el deber de transparencia también en relación con los elementos esenciales, pues así se extrae de la jurisprudencia del TJCE.

5. Pasando al tercer apartado de la obra, como apunta ya el inciso final de su título («*error negligente*»), en él se describe el cúmulo de desaciertos que condujo a la omisión de la transposición del artículo 4.2 de la Directiva en el párrafo quinto de la redacción propuesta para el artículo 10 bis 1 LGDCU. Concretamente, se relatan los acontecimientos que llevaron a la aprobación de la norma tal y como finalmente fue votada, acudiendo para ello a las fuentes que proporcionan los Diarios de sesiones del debate suscitado en la Comisión de Justicia e Interior. El resultado de la votación final por la que se aprobó la enmienda del Grupo Federal IU-IC que proponía eliminar el citado párrafo, pese al rechazo por parte del partido con mayoría parlamentaria (el PP), es calificado por el autor, junto con la mayoría de la doctrina, de «error en la votación» y, consiguientemente, de «omisión no voluntaria de la regla comunitaria».

A partir de ahí, se critica la enmienda del Grupo Federal IU-IC origen de la controversia, basada en lo que el profesor Cámara Lapuente califica de «deficiente comprensión del fundamento del control de contenido de las cláusulas abusivas», y se concluye con la afirmación –clave de la obra y que se repetirá posteriormente– de que otorgar a la falta de transposición formal del artículo 4.2 un valor absoluto, sin tener en cuenta otros datos, es sobrevalorar el silencio legislativo. Por ello, en opinión del autor, un resultado de consecuencias tan capitales para el ordenamiento español debe ser objeto de una previsión normativa expresa, con su correspondiente argumentación.

6. Sobre estos presupuestos, el profesor Cámara Lapuente se detiene en el apartado cuarto en examinar las razones que justifican la exclusión del control del contenido respecto de las cláusulas sobre los elementos esenciales del negocio. En concreto, el análisis se centra principalmente en el fundamento general de la exclusión que, según indica el autor, se encuentra en una proyección de la tesis liberal sobre la regulación de las condiciones generales y la protección de los consumidores. A partir de ahí, se examinan brevemente los postulados fundamentales de esta tesis, que se resumen de la siguiente forma: «no existen ni el precio justo ni la justicia contractual objetiva; el equilibrio contractual es puramente subjetivo y viene determinado por el mercado y por los mecanismos que tutelan la pureza de este mercado y del consentimiento emitido en él». Sin embargo, el autor no se conforma con exponer los argumentos favorables a la opción por la que él claramente se decanta (la transposición del art. 4.2 de la Directiva), sino que, con la honestidad que manifiesta a lo largo de toda la obra, ofrece también un resumen de los postulados de la teoría contraria (las tesis intervencionistas), conforme a

la que se propugna la posibilidad de valorar el desequilibrio de las prestaciones, buscando la justicia contractual objetiva y dejando en manos de los jueces la posibilidad de revisar el contrato para conseguir un precio justo.

Una vez expuestas las dos grandes tesis, el autor trata de reconducir el debate a sus justos términos y aplacar los miedos que puede suscitar la opción por la primera de ellas. Recuerda así que el ordenamiento ofrece al contratante otros instrumentos de protección al margen de la legislación sobre cláusulas abusivas. De hecho, lo único que descarta el artículo 4.2 de la Directiva es el control de contenido de las cláusulas que versen sobre elementos esenciales del contrato, pero no elimina al mismo tiempo ni otros controles en materia de condiciones generales (fundamentalmente, el de transparencia), ni los demás controles que existen en el Ordenamiento, de los que se puede valer el consumidor para corregir precios desproporcionados (concretamente, los remedios generales del Código civil, los de la legislación civil especial sectorial, los de la legislación administrativa o el mecanismo de la rescisión por lesión, de amplia aplicación en Cataluña y Navarra). Por ello, concluye el profesor Cámara Lapuente que la auténtica cuestión en este punto es si el cauce para la protección frente a un precio excesivo ha de ser la normativa específica sobre cláusulas abusivas o el resto de los mecanismos establecidos en el ordenamiento de forma general. En concreto, él se decanta claramente por la segunda opción, que es la que deriva del artículo 4.2.

7. El quinto apartado de la obra se dedica a una síntesis de las claves conceptuales para desentrañar los problemas del control sobre cláusulas relativas a los elementos esenciales. Haciendo un sabio uso de la doctrina extranjera –especialmente, la alemana–, así como, fundamentalmente, de las opiniones de la doctrina dominante en nuestro país –a la que, no obstante, se limita a citar en nota al pie–, el autor proporciona una serie de reglas o criterios que ayudan a determinar cuándo y cómo procede aplicar el control de contenido a una cláusula concreta; por tanto, cuándo la cláusula se refiere a un elemento esencial y ha de operar la exclusión y en qué consiste dicha exclusión.

Respecto a lo primero –determinación de las cláusulas sobre las que recae la exclusión del art. 4.2–, el autor baraja cuatro criterios, en sendos epígrafes. En el primero, se examina el contenido normativo o económico del contrato como criterio delimitador, y las consecuencias de esta distinción. Se parte, pues, de la idea ya asumida por la doctrina española más autorizada de que lo que queda sometido a control de contenido es el equilibrio jurídico o normativo (entre derechos y obligaciones) del contrato, pero que no existe control, en cambio, respecto al equilibrio económico de las prestaciones pactadas (la pura descripción de las prestaciones y los acuerdos sobre el valor de cambio del objeto o servicio). En el segundo epígrafe, se limita el control de contenido propio de las cláusulas abusivas a los elementos accesorios del contrato (se descarta, pues, para los principales). En el tercer epígrafe, se acude al criterio de la eventualidad como criterio de determinación de las cláusulas a las que se refiere el artículo 4.2 (no son elementos esenciales del contrato los que sólo entran en juego eventualmente). Por último, en el cuarto epígrafe se precisa que el elemento excluido del control de contenido no es el precio en sí, sino, exclusivamente, la llamada «relación calidad/precio» (adecuación entre precio y retribución). A continuación, se muestra el paralelismo entre los criterios anteriormente barajados y la distinción entre cláusulas limitativas, delimitadoras y lesivas en el contrato de seguro. Así, la inclusión de esta distinción en el artículo 3 LCS y su desarrollo por la jurisprudencia

parecen servir al autor de prueba que acredita la certeza de los criterios que él recoge.

El último epígrafe de este apartado se centra brevemente en la segunda cuestión ya enunciada: en qué consiste la exclusión que establece el artículo 4.2 de la Directiva. Concretamente, se analiza qué es lo que se denomina control de inclusión, control de contenido y control de transparencia. Respecto de este último, el autor concluye que no parece ser algo distinto del control de inclusión formulado en otros preceptos de la Directiva y que podría quedar comprendido en nuestro Derecho en una formulación amplia del control de inclusión. Ahora bien, creo que esta conclusión se formula con una brevedad que no parece hacer justicia ni a su importancia, ni a su interés. Así, la falta de un razonamiento más detallado al respecto contribuye a consolidar la impresión de que el verdadero objeto de esta obra se centra en la primera parte de la norma plasmada en el artículo 4.2 de la Directiva (la exclusión del control de contenido), más que en la segunda (el deber de transparencia), cuando quizá sea ésta última la que más merece la pena destacar (y así lo ha hecho, fundamentalmente, Miquel González, en los *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, coord. Menéndez, Díez-Picazo y Alfaro, Civitas, 2002, pp. 908 ss., al que sigue, en parte, Pertíñez Vílchez, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, 2004), dado que existe ya una corriente doctrinal mayoritaria conforme con la idea de que no cabe un control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato.

8. Pasando al apartado sexto, en él se recoge el segundo de los grandes enfoques que ya se avanzaban inicialmente como claves del estudio propuesto del tema. Concretamente, aquí se aborda el análisis de la respuesta ofrecida por la jurisprudencia española ante la omisión de la transposición del artículo 4.2 de la Directiva, respuesta que, pese a sus matices, se dice favorable mayoritariamente al rechazo del control de contenido sobre las cláusulas relativas a elementos esenciales. Las numerosas sentencias analizadas –fundamentalmente, de la llamada «jurisprudencia menor»– se agrupan en dos grandes bloques: el primero, conformado por las sentencias que rechazan el control de contenido sobre las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato, y el segundo, conformado por las sentencias que admiten dicho control. Cada uno de ellos, a su vez, se divide en varios epígrafes que agrupan las sentencias, al parecer, según el mérito de la argumentación jurídica con la que apoyan o rechazan la exclusión del control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato.

Este exhaustivo examen de la jurisprudencia resulta especialmente interesante como contrapunto de las ideas desarrolladas hasta el momento por el autor y de los argumentos esgrimidos por la doctrina española en apoyo o rechazo de la regla del artículo 4.2 de la Directiva. De hecho, el profesor Cámara Lapuente incluye a continuación de cada gran grupo de sentencias –a mi juicio, con gran acierto– los argumentos doctrinales adicionales de apoyo a la tesis fundamental de las mismas, ofreciendo así un panorama completo del estado de la cuestión en nuestro ordenamiento. Es en el examen de estos argumentos doctrinales, donde se manifiesta, fundamentalmente, la opinión personal del autor. De hecho, tras la lectura de estos epígrafes, quedan pocas dudas de que la posición del mismo se inserta dentro de la doctrina dominante, favorable a la exclusión del control de contenido sobre las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato. Prueba de ello es que desmonta con precisión cada uno de los razonamientos doctrina-

les adicionales que apoyan la admisión del control de contenido respecto de las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato. Ahora bien, esto no significa que el autor acoja en bloque o acriticamente los argumentos doctrinales de igual orientación a la suya; antes bien, de forma coherente con la controvertida tesis que ha sostenido en los apartados precedentes (sobre el carácter de mínimos de la Directiva respecto a la norma del art. 4.2), rechaza el argumento esgrimido por parte de la doctrina de que no es posible alterar sustancialmente el modelo de la Directiva, haciendo alusión a los razonamientos que ya recogía al final del segundo apartado y que ya se han criticado en su momento.

Al margen de esta cuestión, que creo que, en el fondo, no es central para las conclusiones que se alcanzan en la obra, el mayor peso de la argumentación se centra en otros dos argumentos que asume el autor: por un lado, en la idea ya apuntada anteriormente de que el silencio legislativo no puede suponer la introducción de un control judicial de precios en los contratos con consumidores y, por otro, en lo que, finalmente, será su propuesta: la falta de transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva ha de salvarse aplicando el principio de interpretación conforme con el Derecho comunitario establecido por la jurisprudencia del TJCE.

9. De hecho, ésta y otras propuestas se recogen en el séptimo y último apartado de la obra objeto de esta reseña. En él, tras un primer epígrafe en el que se resumen las tesis principales que se han ido apuntando a lo largo de los apartados anteriores, el autor llama la atención en los siguientes tres epígrafes sobre la necesidad de que el legislador español se pronuncie expresamente sobre la cuestión, a fin de atajar la inseguridad jurídica generada por la omisión de la transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva. En este punto, aunque –fiel a su tesis– mantiene el profesor Cámara Lapuente que el legislador español podría optar por someter a control las cláusulas sobre elementos esenciales, aconseja en cambio que se opte por la solución contraria, incorporándose expresamente al Derecho español la regla del artículo 4.2 de la Directiva. Concluye sugiriendo como instrumento idóneo para dicha actuación legislativa el Proyecto de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, en fase de tramitación en el momento de la publicación del libro aquí reseñado.

10. Pese a este loable propósito, el legislador no ha hecho uso del mencionado Proyecto (consolidado actualmente como Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, publicada en el BOE núm. 312) para llevar a cabo la transposición del artículo 4.2 de la Directiva, y, aunque doctrinalmente la cuestión está bastante resuelta, no podemos sino mostrarnos de acuerdo con que una actuación del legislador pondría fin a la inseguridad y clarificaría la compleja situación que se ha generado. Hasta el momento en que éste se pronuncie, sin embargo, la solución del problema deberá continuar perfilándose entre los juristas. En este sentido, la obra del profesor Cámara Lapuente puede ser de una gran ayuda, en tanto que constituye en sí misma una valiosa aportación a este debate, altamente recomendable por la claridad en su desarrollo, por el enfoque escogido y, sobre todo, por la perspectiva general que aporta sobre el estado de la cuestión.

Andrea MACÍA MORILLO
Profesora Ayudante de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid