

El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional

Martin Ebers

Humboldt Universität zu Berlin
Rechtswissenschaftliche Fakultät

*Abstract**

La Comisión Europea, con fecha de 11.10.2011, ha publicado una [Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea](#) (instrumento opcional). La Propuesta está enfocada a posibilitar que los comerciantes cuenten con un conjunto común de normas y utilicen las mismas cláusulas contractuales en todas sus transacciones transfronterizas. El presente trabajo analiza si la normativa común para el control de cláusulas abusivas puede cumplir ese fin y si al mismo tiempo otorga un alto nivel de protección al consumidor.

On 11th October 2011, the European Commission published a Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (optional instrument). The Proposal shall enable traders to rely on a common set of rules and use the same contract terms for all their cross-border transactions. This paper examines whether the proposed rules on non-negotiated contract terms are fit to fulfil this purpose, ensuring at the same time a high level of consumer protection.

Title: The control of unfair contract terms in a future optional instrument

Palabras clave: Derecho privado Europeo, Derecho comparado, Derecho de consumo, instrumento opcional, normativa común de compraventa europea

Keywords: European Private Law, Comparative Law, Consumer Law, Optional Instrument, Common European Sales Law

* El presente trabajo está basado en una conferencia que pronunció el autor el 11.11.2011, en el marco del congreso "Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores" (Directora: Marta Carballo Fidalgo) celebrado en Santiago de Compostela. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto DER2010-17949 (Universidad Autónoma de Barcelona).

Sumario

1. Introducción
 - 1.1. Status quo
 - 1.2. La nueva Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores
 - 1.3. La Propuesta para un Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (examen preliminar)
 - 1.4. Cuestiones a tratar
2. Ámbito de aplicación del instrumento opcional
 - 2.1. Contratos transfronterizos
 - 2.2. Tipos específicos de contrato
 - 2.3. Ámbito material del instrumento
3. Incorporación de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente
 - 3.1. Deber de llamar la atención sobre las cláusulas contractuales no negociadas individualmente (art. 70 NCCE)
 - 3.2. ¿Accesibilidad de las condiciones?
 - 3.3. Contratos realizados electrónicamente
4. Control de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos con consumidores
 - 4.1. Exclusiones al control del carácter abusivo
 - a. Exclusión de cláusulas declaratorias (art. 80.1 NCCE)
 - b. Control de las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato (art. 80.2 NCCE)
 - c. Cláusulas contractuales negociadas individualmente
 - 4.2. Control de contenido según la cláusula general (art. 83 NCCE)
 - a. Clasificación general
 - b. Concepto del control de cláusulas en el instrumento opcional y en los Estados miembros
 - 4.3. Lista negra (art. 84 NCCE) y lista gris (art. 85 NCCE)
 - a. Normativa del instrumento opcional
 - b. Comparación con el Derecho interno
 - c. ¿Flexibilidad del instrumento opcional?
 - 4.4. ¿Plena armonización del control de contenido?
 - a. Derecho imperativo y dispositivo del instrumento opcional como guía interpretativa del control de cláusulas
 - b. Vulneraciones del Derecho nacional imperativo: ilegalidad e inmoralidad
5. Control de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos entre comerciantes
 - 5.1. Ámbito de aplicación personal del instrumento
 - 5.2. Acuerdo sobre la utilización de la normativa común. Relación con la Convención de Viena
 - 5.3. Interpretación, inclusión y transparencia de cláusulas no negociadas individualmente: Especialidades en el ámbito B2B. Comparación con el DCFR
 - 5.4. Control de contenido en los contratos entre comerciantes
 - a. Clasificación general (art. 86 NCCE)
 - b. Comparación con el Derecho interno

c. ¿Concreción del art. 86 NCCE mediante las listas negra y gris?

5.5. Conclusión intermedia

6. Aplicación

6.1. Aplicación individual

6.2. Aplicación colectiva

a. Ninguna regla en el instrumento opcional. Comparación con el *Acquis communautaire*

b. Necesidad de clarificación y rectificación

6.3. El control judicial de las cláusulas abusivas

a. Interpretación única del instrumento opcional

b. Extensión de las competencias del TJ

c. ¿Casación ante el TJ?

7. Valoración conclusiva

8. Tabla de jurisprudencia citada

9. Bibliografía

Abreviaturas:

ACQP = Principles of the Existing EC Contract Law
(Principios del Derecho contractual comunitario)

CV = Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos
de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11.4.1980

DCFR = Draft Common Frame of Reference (Proyecto
académico de un Marco Común de Referencia)

NCCE = Normativa común de compraventa europea (Anexo
I de la Propuesta de Reglamento)

TJ = Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. Introducción

1.1. Status quo

El Derecho del control de cláusulas, como todo el mundo sabe, sólo está armonizado en algunos aspectos, pese a los esfuerzos que se han llevado a cabo a nivel europeo. En efecto, la [Directiva 93/13/CEE](#) sobre cláusulas abusivas del año 1993, a diferencia de otras muchas directivas, regula no solamente algunos tipos contractuales o algunas formas de distribución, sino que comprende transversalmente el total del Derecho de los contratos. Sin embargo, la Directiva 93/13/CEE ha armonizado el derecho del control de cláusulas sólo en una medida muy limitada. Ello se debe sobre todo a tres factores:

En primer lugar, la Directiva 93/13/CEE establece solamente líneas generales mediante las que pueden controlarse las cláusulas no negociadas individualmente. Ni la Directiva sobre cláusulas abusivas ni ninguna otra norma de la UE han logrado una armonización del derecho de obligaciones, imperativo y dispositivo, en Europa. Justamente una armonización semejante sería necesaria para que en todos los Estados miembros existiera una directriz única para el control de los contratos. El control de cláusulas está inserido profundamente en el Derecho general de obligaciones, en especial en las normas imperativas y dispositivas de los Estados miembros. En la medida en que una cláusula contractual vulnere Derecho imperativo, será automáticamente ineficaz, sin que sea preciso recurrir a la normativa específica del control de las cláusulas no negociadas individualmente. Por ello, la Directiva sobre cláusulas abusivas no afecta al Derecho imperativo de los Estados miembros (art. 1.2 Directiva 93/13/CEE). Tampoco se ve modificado por la Directiva el Derecho contractual dispositivo, que varía mucho de Estado a Estado. Sin embargo, se echa en falta una directriz, con eficacia en toda la Unión, que permita comprobar el carácter abusivo o la inadecuación de las cláusulas predispuestas. El Derecho dispositivo de los Estados miembros representa la frontera del control del contenido: en la medida en que las cláusulas sean compatibles con dicho Derecho, no están sometidas a dicho control.¹ El derecho dispositivo es, sin embargo, también una directriz del control del contenido. La averiguación del “desequilibrio en los derechos y obligaciones contractuales” (cfr. art. 3.1 Dir. 93/13/CEE) presupone necesariamente una idea de lo que debe ser el debido equilibrio de los derechos y obligaciones contractuales. Esa directriz comparativa sólo puede ser el Derecho contractual dispositivo: El derecho dispositivo contiene “preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, [y] tienen una <<función ordenadora>>, por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente”².

¹ Cfr. art. 1.2 Dir. 93/13/CEE. En efecto, esta norma habla solamente de “disposiciones legales o reglamentarias imperativas”. No obstante, el considerando (13) de la Directiva dice expresamente que esa expresión incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo, por tanto, también el derecho dispositivo.

² DE CASTRO (1975, p. 80). Cfr. con muchos ejemplos de Derecho comparado en KIENINGER (2009, pp. 801 y ss.).

En segundo lugar, la Directiva 93/13/CEE se basa en el concepto de armonización de mínimos. La armonización de mínimos ha conducido a una fragmentación jurídica considerable, puesto que los Estados miembros han sido libres de procurar al consumidor una protección mayor de la que otorgaban las directivas y, en consecuencia, conceptos y reglas clave del Derecho de consumo han sido objeto de regulación distinta en cada país³. Además, el Anexo de la Directiva sólo “contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas *que pueden ser declaradas abusivas*” (art. 3.3 Directiva 93/13/CEE)⁴. Como se resalta por el TJ en el asunto *Comisión contra el Reino de Suecia*⁵ tiene meramente un “valor indicativo e ilustrativo”.

Finalmente, en tercer lugar, hasta el momento el TJ ha eludido en su jurisprudencia la equiparación de las directrices para el control del contenido de las cláusulas predispuestas. Si bien es verdad que el Tribunal de Justicia interpretó en la sentencia *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*⁶ los criterios generales utilizados por el legislador comunitario para definir el concepto de cláusula abusiva, subrayó en la sentencia *Freiburger Kommunalbauten*⁷ que no puede pronunciarse sobre la aplicación de estos criterios generales a una cláusula particular, que debe ser examinada en función de las circunstancias propias del caso concreto.

De todo ello se deriva que las empresas que deseen ofrecer transnacionalmente sus mercancías o servicios a consumidores, encontrarán relevantes barreras comerciales. Lo que significa que quien pretenda servirse de cláusulas generales en la Unión Europea, debe tener en cuenta los ordenamientos jurídicos de 27 países.

También pueden surgir relevantes costes en las transacciones transfronterizas entre comerciantes⁸. Los costes que entraña tener que tratar con distintas normativas nacionales son especialmente gravosos para las pequeñas y medianas empresas. En sus relaciones con grandes empresas, las pequeñas y medianas empresas han de aceptar a menudo la aplicación de la ley de sus socios comerciales y soportar los costes de transacción que entraña el hecho de tener que investigar el contenido de la ley extranjera aplicable al contrato, y cumplirla. En los contratos entre pequeñas y medianas empresas, la necesidad de negociar la ley aplicable constituye un escollo importante al comercio transfronterizo.

³ Con detalle, EBERS (2008, pp. 197 y ss.).

⁴ Cursiva agregada.

⁵ STJUE, 7.5.2002, Asunto C-478/99 (*Comisión c. Suecia*), par. 22.

⁶ STJUE, 27.6.2000, Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98 (*Océano Grupo Editorial c. Roció Murciano Quintero*), par. 22.

⁷ STJUE, 1.4.2004, Asunto C-237/02 (*Freiburger Kommunalbauten c. Ludger Hofstetter y Ulrike Hofstetter*), par. 22. Vid. también STJUE, 4.6.2009, Asunto C-243/08 (*Pannon c. Erzsébet Sustikné Györfi*), par. 42.

⁸ Cfr. Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM(2011) 635 final., p. 3.

1.2. La nueva Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores

La [Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores](#)⁹ no va a cambiar esta situación en absoluto. Originariamente, la Comisión, en su [propuesta de directiva de 2008](#)¹⁰, tenía la intención de regular el Derecho del control de las cláusulas no negociadas individualmente, en aras de la plena armonización. El Anexo de la Directiva sobre cláusulas abusivas no debía estar concebido, en consecuencia, como una “lista indicativa“. El Anexo II de la propuesta contenía una lista negra de 5 cláusulas contractuales que se considerarán abusivas en cualquier circunstancia; y el Anexo III contemplaba una lista gris de 12 cláusulas presuntamente abusivas. Pero como quiera que esa propuesta tuvo numerosas críticas, la regulación del control de cláusulas abusivas fue suprimido por completo en la Directiva de 2011. La nueva Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores solamente contiene en su art. 32 una obligación de información de los Estados miembros a la Comisión. Efectivamente, la Directiva introduce un nuevo artículo en la ya existente Directiva 93/13/CEE que prevé que cuando un Estado miembro adopte disposiciones que superen el nivel de protección de la Directiva sobre cláusulas abusivas, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular si dichas disposiciones:

- hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración; o
- contienen listas de cláusulas contractuales que se consideren abusivas.

La Comisión se asegurará de que dicha información sea fácilmente accesible para los consumidores y los comerciantes, entre otros medios, a través de un sitio web específico.

1.3. La Propuesta para un Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (examen preliminar)

A fin de acabar con las indicadas barreras en el mercado interior, la Comisión, con fecha de 11.10.2011, ha publicado una [Propuesta para un reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea](#)¹¹. La Propuesta está enfocada a posibilitar que los comerciantes, en el momento de la conclusión de contratos de compraventa, contratos de suministro de contenidos

⁹ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25.10.2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L 304 de 22.11.2011, p. 64-88.

¹⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, COM(2008) 614 final. Al respecto, EBERS (2010).

¹¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM(2011) 635 final.

digitales y contratos de servicios relacionados, cuenten con un conjunto común de normas y utilicen las mismas cláusulas contractuales en todas sus transacciones transfronterizas (art. 1.2 de la Propuesta de Reglamento).

El Reglamento tiene la finalidad de armonizar los Derechos contractuales de los Estados miembros. No impone modificaciones a las normativas contractuales nacionales vigentes, sino que crea dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros un segundo régimen de Derecho contractual para los contratos que entren dentro de su ámbito de aplicación. Cuando las partes hayan acordado válidamente utilizar la normativa común de compraventa europea para regular el contrato, las cuestiones abordadas en sus normas se regirán exclusivamente por dicha normativa (art. 11 de la Propuesta de Reglamento). Esta disposición también es aplicable a las normas obligatorias en materia de protección de los consumidores. La normativa común de compraventa europea contiene un conjunto completo de normas obligatorias de protección de los consumidores plenamente armonizadas. Según el considerando (12) de la Propuesta, cuando las partes hayan optado por utilizar la normativa común de compraventa europea, no habrá disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito.

La Propuesta de Reglamento tiene el objetivo de regular las cuestiones de Derecho contractual que son de pertinencia práctica durante el ciclo de vida de los tipos de contratos que entran dentro de su ámbito de aplicación material y personal (considerando 26). La normativa común de compraventa europea, contenida en el Anexo I de la Propuesta de Reglamento (en adelante, “normativa común” o “NCCE”) regula por su parte las obligaciones de información precontractual, la celebración del contrato, el derecho de desistimiento, la anulación del contrato por motivo de error, dolo, amenazas o explotación injusta, la interpretación, el contenido y los efectos del contrato, las obligaciones de las partes y de los remedios en caso de incumplimiento, la restitución tras la anulación o resolución y la prescripción.

Por lo demás, la normativa común de compraventa europea sobre “condiciones generales de contratación”¹² y “cláusulas contractuales no negociadas individualmente”¹³ se ocupa tanto de los contratos B2C como de los B2B. Se trata de reglas que, no obstante, no están reguladas en bloque, sino que se encuentran dispersas en la Propuesta de Reglamento¹⁴. Así, la regulación de la incompatibilidad de las condiciones generales de contratación (art. 39 NCCE) se encuentra en el capítulo 3, dedicado a la celebración del contrato. El principio de preeminencia de las cláusulas contractuales negociadas individualmente (art. 62 NCCE), así como la regla de interpretación *contra proferentem* (art. 65 NCCE), se contienen en el capítulo 6, sobre la interpretación. La inclusión en el contrato de cláusulas contractuales no negociadas individualmente (art. 70 NCCE)

¹² La noción “condiciones generales de contratación” está definida en el art. 2(d) de la Propuesta de Reglamento.

¹³ La noción “cláusulas contractuales no negociadas individualmente” está definida en el art. 7 NCCE.

¹⁴ Criticando este modo de hacer, del que también fue víctima el marco común de referencia (DCFR), vid. PFEIFFER (2009, p. 182).

se regula en el capítulo 7, que trata sobre contenido y efectos. Finalmente, el capítulo 8 contiene normas sobre el control del contenido de cláusulas abusivas en los contratos B2C y B2B (arts. 79-86 NCCE). En este capítulo se hallan también una lista negra (art. 84 NCCE) y una lista gris (art. 85 NCCE) de cláusulas abusivas para los contratos B2C.

1.4. Cuestiones a tratar

Que la Propuesta de Reglamento tenga éxito depende de diversos factores. En el centro de las siguientes explicaciones se hallan sobre todo dos cuestiones. En primer lugar, si, y en qué medida, el instrumento opcional y sus regulaciones del control de cláusulas pueden contribuir a establecer un marco jurídico único que permita a las empresas utilizar, en el futuro, las mismas cláusulas contractuales en todas sus transacciones. Además, trataré la cuestión de si existe el peligro de que la elección del instrumento opcional pueda reducir el nivel de protección al consumidor existente en los Estados miembros.

Constituye un punto esencial el hecho de que la elección del instrumento opcional conduzca a que las reglas –completamente armonizadas– de la normativa común de compraventa ocupen el lugar de las normas imperativas de protección del consumidor de los Estados miembros. Ya se ha advertido desde varios sectores la preocupación de que la introducción del instrumento opcional pueda conducir a un “dumping social”¹⁵. Efectivamente, si el nivel de protección del consumidor en el instrumento opcional se sitúa claramente por debajo del nivel de protección de los Estados miembros, la preocupación no será infundada. Sin embargo, no es tan problemático el caso contrario, es decir, que el instrumento opcional proporcione un nivel más alto¹⁶. Dado que con el instrumento opcional no se trata de introducir reglas imperativas, sino de conseguir una opción adicional, no se podrá exigir obligatoriamente al comerciante que cumpla con ese nivel más alto de protección. Lo que sucede, en realidad, es que se abre al comerciante una vía comercial alternativa que, sobre todo, aparecerá como atractiva si los comerciantes, a través de la elección del instrumento opcional, utilizan las mismas cláusulas contractuales para la totalidad de los contratos, y de esa manera ahorran costes.

Las anteriores reflexiones evidencian lo importante que resulta el ámbito de aplicación del instrumento opcional para el éxito de todo el proyecto. Cuanto más amplio es su abanico de normas, más reducida es la necesidad de recurrir al Derecho nacional y, por tanto, menores son las desventajas que se derivan de este confuso “mix” jurídico para todos los interesados¹⁷.

¿Cumplirá la Propuesta de la Comisión estos principios? ¿Garantiza la Propuesta, en relación con el control de cláusulas, un nivel alto de protección al consumidor? Y por otra parte, ¿ofrece a los comerciantes la posibilidad de que utilicen, en el futuro, las mismas cláusulas contractuales en

¹⁵ RUTGERS (2011); MUIR WATT/SEFTON-GREEN (2010, pp. 201 y ss.); HOWELLS (2011, pp. 188-189). Más positiva es, por el contrario, la opinión de HESSELINK (2008, p. 34).

¹⁶ Tal y como indica LOOS (2011, 2.3.1.).

¹⁷ En este sentido, BUSCH (2011, p. 660).

todas sus transacciones?

Para ocuparme de estas cuestiones, analizaré seguidamente con más detalle el ámbito de aplicación del instrumento opcional (2.). En relación con ello, trataré la regulación de la inclusión de cláusulas no negociadas individualmente (3.). En el centro de mis consideraciones estarán, no obstante y sobre todo, el control de contenido de los contratos B2C (4.) y B2B (5.). Y, finalmente, como colofón, efectuaré algunas consideraciones sobre la aplicación de dicha normativa y la necesidad de reforma de la jurisdicción europea (6.).

2. Ámbito de aplicación del instrumento opcional

La Propuesta de Reglamento ofrece en muchos aspectos un ámbito de aplicación limitado. Veamos dicho ámbito en cada una de las situaciones posibles.

2.1. Contratos transfronterizos

Al amparo del art. 4.1 de la Propuesta de Reglamento, en primer lugar, la normativa común de compraventa europea sólo será aplicable a contratos transfronterizos. Pero el Reglamento también permite que los Estados miembros pongan la normativa común de la compraventa a disposición de las partes, en un entorno totalmente nacional (art. 13(a) de la Propuesta de Reglamento).

Esta limitación a contratos transfronterizos es problemática. Conduce a que los comerciantes que deseen operar, tanto en su propio país como fuera de sus fronteras, deberán utilizar al menos dos modelos de contrato: uno para contratos transfronterizos y otro para los nacionales.

Al margen de ello, para el comerciante no será fácil conocer cuál sea la referencia transnacional. En las compras por internet en las que el consumidor descarga contenidos digitales, el comerciante no acostumbra a tener interés en conocer la dirección de la contraparte¹⁸.

Asimismo, en los contratos de empresa a empresa, en los cuales es capital el principio de libertad contractual, puede no justificarse que se hurte a las partes la posibilidad de optar por un instrumento europeo en transacciones estrictamente nacionales¹⁹.

En la práctica habrá que esperar a ver cuántos Estados miembros hacen uso de la opción de extender las disposiciones del reglamento a las relaciones contractuales internas. Como consecuencia de la amenaza de discriminación de los nacionales, existe siempre una nada

¹⁸ Así LOOS (2011, 2.1.).

¹⁹ Cfr. también el Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, COM(2010) 348 final, p. 12.

despreciable presión política para ofrecer el Derecho de compraventa común también para los negocios nacionales.

2.2. Tipos específicos de contrato

En segundo lugar, la normativa común de compraventa europea sólo es aplicable a los contratos de compraventa, contratos de suministro de contenidos digitales y contratos de servicios relacionados (art. 5 de la Propuesta de Reglamento). Los “contratos de servicios relacionados” consisten solamente en servicios que hacen referencia a bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento o la reparación, que son prestados por el vendedor (art. 2(m) de la Propuesta de Reglamento).

El hecho de que la Comisión haya optado por un ámbito de aplicación limitado ya ha sido criticado²⁰, justamente al hilo del estudio de viabilidad²¹ realizado por un grupo de expertos. Los tipos de contrato regulados en el instrumento opcional han sido en buena medida armonizados a través de la [Directiva 99/44/CE](#), sobre garantías en las ventas de consumo (para los contratos B2C), y por la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (para los contratos B2B). No se incluyen en el Reglamento otros tipos de contrato que plantean problemas en relación con el ámbito B2C y B2B, especialmente aquellos que suponen tráfico transfronterizo y que no disponen todavía de normativa unificada, como por ejemplo los contratos de servicios, de seguros o de leasing.

No obstante, la Propuesta de Reglamento, en contraste con la situación jurídica preexistente, intenta introducir mejoras: mediante la aplicación de la normativa común, los contratos de compraventa B2C se registrarán en el futuro por el principio de la plena armonización. A diferencia de lo dispuesto en la [Directiva 99/44/CE](#), sobre garantías en las ventas de consumo, que solamente regula las reclamaciones del comprador por incumplimiento, y que no regula la indemnización por daños, el instrumento opcional lo incluye y, además, comprende el “ciclo de vida completo” de un contrato. También con respecto a los contratos transfronterizos B2B, el instrumento opcional podría aparecer más atractivo que el Derecho de compraventa de Naciones Unidas. La Convención de Viena regula ciertos aspectos relativos a los contratos de compraventa de bienes, pero deja fuera de su ámbito de aplicación cuestiones importantes como, por ejemplo, los vicios de consentimiento, las cláusulas contractuales abusivas y la prescripción.

2.3. Ámbito material del instrumento

En tercer lugar, plantea diversos problemas el hecho de que en el instrumento opcional no se

²⁰ *Vid.* LOOS (2011, 4.2.).

²¹ European Commission, A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback, 2011 (http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf).

regulen diversas cuestiones importantes. Con respecto a un contrato de compraventa transnacional, la normativa común sólo es determinante para las cuestiones reguladas en el instrumento (art. 5 de la Propuesta de Reglamento). El instrumento opcional ofrece a primera vista un marco de aplicación completo para los contratos de compraventa, ya que –como ya se ha dicho varias veces– regula fundamentalmente el ciclo de vida de los contratos de compraventa. Sin embargo, del considerando (27) se deduce una limitación significativa del ámbito de aplicación:

“Todas las cuestiones de carácter contractual o extracontractual que no se contemplan en la normativa común de compraventa europea se rigen por las normas vigentes de la legislación nacional fuera del ámbito de dicha normativa común que son aplicables en virtud del Reglamento (CE) núm. 593/2008 y del Reglamento (CE) núm. 864/2007 o cualquier otra norma pertinente en materia de conflicto de leyes. Estas cuestiones incluyen la personalidad jurídica, la invalidez de un contrato por falta de capacidad, ilegalidad o inmoralidad, la determinación de la lengua del contrato, la lucha contra la discriminación, la representación, la pluralidad de deudores y acreedores, la sustitución de las partes incluida la asignación, la compensación y la concentración, el Derecho de propiedad incluida la transferencia de la propiedad, el Derecho de propiedad intelectual y el Derecho de faltas. Por otra parte, la cuestión de si pueden acumularse reclamaciones simultáneas por responsabilidad contractual y extracontractual no entra en el ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea”.

Todas estas excepciones sectoriales plantean difíciles problemas de delimitación, que afectan sobre todo al control del contenido de las cláusulas no negociadas individualmente. Como me referiré después a la relación entre el control de cláusulas y la “invalidez de un contrato por ilegalidad o inmoralidad” (*sub* 4.4.b.), basta con decir en este momento que algunas cuestiones, según el considerando (27), en realidad deberían salir del ámbito de aplicación del Reglamento, que, por otra parte y sin embargo, son reguladas en las listas negra y gris (arts. 84 y 85 NCCE) del capítulo 8 (cláusulas abusivas contractuales).

En consecuencia, según el considerando (27), la representación deberá seguir la normativa nacional aplicable, y no las disposiciones del Reglamento. Sin embargo, el art. 84(c) NCCE prevé que una cláusula será siempre abusiva si su objeto o efecto es limitar la obligación del comerciante de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios.

Según el considerando (27), el Reglamento no deberá ser aplicable a la sustitución de las partes incluida la asignación, la compensación y la concentración. Sin embargo, según el art. 85(m) NCCE, se presumirá que una cláusula contractual es abusiva si tiene como objeto o efecto prever la posibilidad de que el comerciante transmita, sin el consentimiento del consumidor, sus derechos y obligaciones en el contrato.

Por lo demás, existen especiales problemas de delimitación en relación con la responsabilidad

civil, que en el considerando (27) también se exceptúa del ámbito de aplicación²². Además, según el considerando, no entra el ámbito de la normativa común la cuestión de si pueden acumularse reclamaciones simultáneas por responsabilidad contractual y extracontractual. Por otro lado, el instrumento opcional regula la responsabilidad del comerciante por el fallecimiento o las lesiones personales provocadas a un consumidor y ordena, en el art. 84(a) NCCE, que una cláusula será siempre abusiva si su objeto es excluir o limitar dicha responsabilidad. No obstante, esta prohibición sería ineficaz en buena medida si en un Estado miembro, basándose en el principio *non-cumul*, fueran desplazadas las reglas contractuales a través de la responsabilidad extracontractual.

Finalmente, se plantean problemas en relación con los derechos reales, que a través del considerando (27) quedan excluidos del ámbito de aplicación del reglamento²³. Por otro lado, según el art. 91 NCCE, el vendedor deberá: a) entregar los bienes y b) transmitir la propiedad de los bienes. Sin embargo, es el Derecho nacional el que resuelve la cuestión de si el comprador ha cumplido y cuándo lo ha hecho. En los Estados miembros son muy diferentes las regulaciones acerca de la transmisión de la propiedad. Mientras, por ejemplo, según el Derecho francés el mero consentimiento basta para la adquisición de la propiedad con respecto a las partes contratantes (no a terceros), el Derecho alemán exige, junto al consentimiento, la adquisición de la posesión para la eficacia de la adquisición de la propiedad tanto *erga omnes* como *inter partes*²⁴.

El reenvío al Derecho nacional plantea además la incógnita de si pueden pactarse derechos de garantía y bajo qué reglas. Por otra parte, el art. 85(s) NCCE prevé que se presumirá que una cláusula contractual es abusiva si exige al consumidor garantías del cumplimiento de las obligaciones excesivas. ¿Qué significa esto? ¿Podría pactar el comerciante en el clausulado del contrato una reserva de dominio? ¿Cuándo se considera que una garantía es “excesiva”?

Todos los ejemplos citados evidencian que el ámbito de aplicación del instrumento opcional no resulta nada claro. A través de una interpretación extensiva del considerando (27) podría deducirse que los citados aspectos han sido exceptuados globalmente del instrumento opcional, y por tanto están sometidos exclusivamente al Derecho nacional. Con ello se pone en cuestión la aplicación unificada de las condiciones de los contratos auspiciada por el instrumento opcional. Mediante una interpretación restrictiva del considerando (27) debería deducirse, por el contrario, que el instrumento opcional al menos comprende en parte los citados aspectos. Sin embargo, al amparo del texto, queda abierta la cuestión de en qué medida eso sea así, por lo que existe una inseguridad jurídica relevante.

²² El Considerando (27) habla de forma indebida de “derecho de faltas”, pero se refiere a la responsabilidad civil.

²³ En el Considerando (27) se utiliza el concepto “derecho de propiedad”. Sin embargo, esta expresión parece demasiado restrictiva. Como lo demuestra una comparación con otras versiones lingüísticas (“Sachenrecht” en la versión alemana), se está refiriendo genéricamente a los “derechos reales”.

²⁴ Vid. EBERS (2009).

3. Incorporación de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente

3.1. Deber de llamar la atención sobre las cláusulas contractuales no negociadas individualmente (art. 70 NCCE)

Al amparo del art. 70.1 NCCE, las cláusulas contractuales impuestas por una de las partes y no negociadas individualmente podrán ser invocadas contra la otra parte sólo si ésta tuvo conocimiento de ellas, o si la parte que las impuso adoptó las medidas razonables para que la otra parte tuviera conocimiento de ellas antes de la celebración del contrato o durante dicha celebración. Esta regulación es aplicable tanto a los contratos B2C como a los B2B. Dado que se trata de un contrato de consumo, el art. 70.2 NCCE establece claramente, por lo demás, que la mera referencia en el texto del contrato no bastará para considerar que se han adoptado medidas suficientes para que el consumidor tenga conocimiento de las cláusulas contractuales, aun cuando el consumidor haya suscrito el documento. También será necesaria una advertencia expresa.

La obligación de advertencia prevista en la normativa común va más allá del acervo jurídico comunitario. La Directiva sobre cláusulas abusivas no establece regulación alguna acerca de la inclusión de cláusulas contractuales no negociadas individualmente. No obstante, en el Anexo 1(i) de la Directiva se encuentra la advertencia de que las cláusulas podrían ser abusivas si hacen constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato. Basándose en esta norma, los Principios del Derecho contractual comunitario (Acquis Principles, ACQP)²⁵ y el Proyecto académico de un Marco Común de Referencia (DCFR)²⁶ prevén una obligación de advertencia al usuario acerca de las condiciones contractuales²⁷.

3.2. ¿Accesibilidad de las condiciones?

Al amparo del art. 70 NCCE queda abierta la cuestión de si la otra parte debe ser preavisado solamente de que serán utilizadas cláusulas no negociadas individualmente, o bien debe tener la posibilidad de conocer dichas cláusulas. La Propuesta de Reglamento sigue en esa medida el DCFR, que igualmente prevé solamente una obligación de advertencia en el primer sentido. Por el contrario, los Principios del Derecho contractual comunitario han ido un paso más allá. Según el art. 6:201(4) ACQP, los consumidores no quedan vinculados por las cláusulas que no han tenido *oportunidad real* de conocer antes de la conclusión del contrato.

²⁵ ACQUIS GROUP (2009). Para la versión española de los principios aparecidos en 2007, *vid.* ARROYO (2008).

²⁶ VON BAR *et. al.* (2009).

²⁷ Art. 6:201 ACQP; art. II.-9:103 DCFR.

Asimismo, en algunos Estados miembros está previsto que las condiciones contractuales predispuestas sólo formarán parte del contrato si son accesibles para los clientes. Así está recogido tanto en el Derecho alemán como en el Derecho español, es decir, que las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos realizados por escrito, sólo podrán ser incluidas en el contrato cuando el comerciante facilite al consumidor un ejemplar de las cláusulas antes o simultáneamente a la celebración del contrato²⁸. Por el contrario, para los contratos realizados verbalmente, en ambos ordenamientos se parte de la base de que el consumidor tiene que tener al menos la posibilidad efectiva de conocer el contenido de las cláusulas²⁹.

Estas consideraciones evidencian que la elección del instrumento opcional, en comparación con lo previsto en ambos ordenamientos jurídicos, podría conducir a una reducción del nivel de protección del consumidor. Ello sólo podría ser evitado si se realiza una interpretación amplia del art. 70 NCCE. De ese modo podría argumentarse que las “medidas razonables para que la otra parte tuviera conocimiento” comprenden también la posibilidad de conocimiento efectivo del clausulado³⁰.

3.3. Contratos realizados electrónicamente

A diferencia de los ACQP y del DCFR³¹, la normativa común no obliga a que se proporcionen en la forma de texto las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos que se realicen electrónicamente. En realidad, en la normativa común existe una regla según la cual el comerciante deberá garantizar que las cláusulas contractuales se pongan a disposición en caracteres inteligibles, alfabéticos o de otro tipo, a través de un soporte duradero y que permita la lectura y la grabación de la información contenida en el texto, así como su reproducción de forma tangible (art. 24.4 NCCE). Sin embargo, la vulneración de dicha obligación se sanciona, no con el hecho de tener esas cláusulas por no incluidas, sino solamente con la indemnización por daños (art. 29.1 NCCE).

4. Control de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos con consumidores

Poseen un significado esencial las disposiciones previstas en el capítulo 8 sobre el control de las

²⁸ Para Alemania: § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB; GRÜNEBERG (2010, núm. 35). Para España: Art. 80.1.a) TR-LGDCU; art. 5.1 LCGC; PERTIÑEZ-VILCHEZ (2011, pp. 699 y ss.).

²⁹ Para Alemania § 305 Abs. 2 Nr. 2; GRÜNEBERG (2010, núm. 34). Para España PERTIÑEZ-VILCHEZ, p. 701.

³⁰ Cfr. también (en cuanto al art. II.-9:103 DCFR) PFEIFFER (2009, p. 185), que realiza una interpretación distinta, ya que el concepto “razonable” se refiere sólo al conocimiento de la existencia, pero no al contenido del modelo contractual.

³¹ Vid. art. 6:201(3) ACQP; art. II.-9:103(2) DCFR.

cláusulas no negociadas individualmente en los contratos con consumidores. La normativa común regula en la sección 2 de este capítulo, especialmente:

- el deber de transparencia (art. 82 NCCE),
- el precepto general que delinea los parámetros del control del carácter abusivo (art. 83 NCCE), y
- una lista negra de cláusulas contractuales que se considerarán siempre abusivas (art. 84 NCCE) y una lista gris de cláusulas presuntamente abusivas (art. 85 NCCE).

4.1. Exclusiones al control del carácter abusivo

a. Exclusión de cláusulas declaratorias (art. 80.1 NCCE)

No obstante, estas reglas sólo encuentran aplicación cuando no afectan a las exclusiones al control de abusividad del art. 80 NCCE. Al amparo del art. 80.1 NCCE, no se realiza un control de las cláusulas contractuales que se refieran a disposiciones de la normativa común de compraventa europea que serían aplicables si las cláusulas no regularan la materia. Esta exclusión es lógica para el control de contenido: en la medida en que una cláusula otorga la misma cobertura que las normas dispositivas o imperativas del instrumento opcional, el control de cláusulas carece de sentido. Si una cláusula se considerara “no vinculante”, en su lugar se aplicaría una regulación (idéntica) del instrumento opcional. Por lo demás, debe por ello evitarse el control de esas cláusulas contractuales, porque el juez (nacional) tendría en otro caso la posibilidad de someter las normas del instrumento opcional a un control de contenido. Con ello, el juez nacional se situaría en el lugar del legislador de la Unión.

Por el contrario, resulta problemática la exclusión regulada en el art. 80.1 NCCE, que no trata sobre el control de contenido, sino sobre la transparencia de la cláusula. La obligación de transparencia en las disposiciones contractuales no negociadas individualmente (art. 82 NCCE) no debiera tener vigencia cuando una cláusula repita normas del instrumento opcional. Pero esta excepción es completamente irreal. ¿Por qué debería el comerciante estar liberado de la obligación de expresarse en el contrato de forma sencilla y comprensible, cuando se limita a reproducir literalmente disposiciones de la ley? La razón desde luego no es evidente, teniendo en cuenta que los ACQP y el DCFR establecen la obligación de transparencia para esas cláusulas reproducidas literalmente de la ley³². También se reconoce en el Derecho alemán³³ que esas cláusulas deben cumplir con la obligación de transparencia³⁴.

³² La excepción regulada en el art. 6:303(1) ACQP y art. II.-9:406(1) DCFR solamente se refiere al test de abusividad.

³³ Vid. BGH, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2001, 2014 (sobre el seguro de vida). Según el BGH, la mera reproducción de una resolución legal puede resultar oscura si el asegurado precisa de ulteriores explicaciones.

³⁴ Eventualmente, la falta de transparencia podría ser considerada una vulneración de las obligaciones de información del art. 20.1(d) NCCE. Según dicho precepto, el comerciante tendrá la obligación de facilitar al

b. Control de las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato (art. 80.2 NCCE)

Al amparo del art. 80.2 NCCE, las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pueden ser sometidas a control, siempre que el comerciante haya cumplido el deber de transparencia. Esa regulación se corresponde con el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Asimismo, los ACQP y el DCFR excluyen un control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato³⁵.

A diferencia de la Directiva sobre cláusulas abusivas, la exclusión prevista en el instrumento opcional no se basa en una armonización de mínimos, sino en una armonización plena. Por ello es cuestionable que el instrumento opcional conduzca a una reducción de la protección del consumidor en los Estados miembros.

Muchos Estados miembros han eludido transponer la regulación prevista en la Directiva 93/13/CEE³⁶, lo que parece sugerir que en tales casos el control de las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato también es posible³⁷. Ese es justamente el caso de España. Por ello, el Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial, consultando al TJ si el art. 4.2 Dir. 93/13/CEE, en relación con el art. 8 de la misma Directiva, impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a la “definición del objeto principal del contrato” o “a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida”, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible. El TJ negó dicha posibilidad³⁸. En opinión del TJ, la Directiva sobre cláusulas abusivas no puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el art. 4.2, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva,

consumidor, de forma clara y comprensible, información sobre las cláusulas contractuales. La violación de esta disposición está sancionada con acciones de resarcimiento (art. 29 NCCE). Sin embargo, en contra de esa interpretación puede alegarse que el art. 20.1 NCCE habla de “información” transparente, pero no de transparente “configuración” de las condiciones contractuales.

³⁵ Art. 6:303(2) ACQP; art. II.-9:406(2) DCFR.

³⁶ Así, en Austria, Dinamarca, Eslovenia, España, Grecia, Letonia, Luxemburgo, Rumanía, Suecia.

³⁷ En muchos Estados miembros (como, por ejemplo, España), la falta de transposición del art. 4.2 Dir. 93/13/CEE ha generado una gran inseguridad jurídica; doctrina y jurisprudencia proponen soluciones distintas, con consecuencias que también lo son. Con exhaustividad, *vid.* CÁMARA LAPUENTE (2006).

³⁸ STJUE, 3.6.2010, Asunto C-484/08 (*Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*).

siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección³⁹.

Por el contrario, la situación jurídica es diferente cuando las partes contractuales optan por la aplicación del instrumento opcional. Dado que con tal elección “las cuestiones abordadas en sus normas se regirán exclusivamente por dicha normativa” (art. 11 de la Propuesta de Reglamento), la comprobación de las obligaciones principales estaría excluida desde el principio. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el instrumento opcional, según dice el considerando (27), no regula “la invalidez de un contrato por ilegalidad o inmoralidad”. Los consumidores situados en Estados miembros que dispongan de un control de las obligaciones principales, podrían en consecuencia verse suficientemente protegidos a través de dicha regla⁴⁰.

c. Cláusulas contractuales negociadas individualmente

Las normas previstas en el capítulo 8 del instrumento opcional en orden al control de cláusulas abusivas, finalmente no se aplican para las cláusulas que hayan sido negociadas individualmente⁴¹. El consumidor sólo está protegido frente a cláusulas contractuales en caso de que hayan sido impuestas por una de las partes y la otra parte no haya podido influir en su contenido (art. 7.1 NCCE). En la misma línea se sitúan también la Directiva sobre cláusulas abusivas⁴² y los ACQP⁴³. Por el contrario, no fue posible un acuerdo entre los grupos implicados en la redacción del DCFR, de manera que el art. II.-9:403 DCFR no resuelve esta cuestión⁴⁴. En contraste, según la opinión expresada en la propuesta de la comisión de expertos, el control de contenido debe aplicarse también a las cláusulas negociadas individualmente⁴⁵.

³⁹ Después de la sentencia del TJ, el demandado (Caja Madrid) desistió de su recurso ante el Tribunal Supremo a finales de 2010, con lo cual, tras imponerle las costas, no llegó a pronunciarse sentencia.

⁴⁰ No obstante, cfr. la interpretación restrictiva realizada en este trabajo acerca del considerando (27), *sub* 4.4.b.

⁴¹ Sin embargo, resulta confusa la lista negra (Art. 84 NCCE) y la gris (Art. 85 NCCE), ya que el tenor literal no contiene ninguna limitación a este respecto. El contexto sistemático (listas negra y gris como concreción de la cláusula general) permite, en contraste, una limitación a las cláusulas no negociadas. Por lo demás, el art. 79(1) NCCE habla de disposiciones contractuales que han sido insertadas por una de las partes y que por ello son injustas al amparo de la sección 2.

⁴² Art. 3.1 Dir. 93/13/CEE.

⁴³ *Vid.* Art. 6:101(1) ACQP, así como PFEIFFER/EBERS (2009, pp. 299 y ss. = Art. 6:101, núm. 7 y ss.).

⁴⁴ Art. II.-9:403 DCFR: “In a contract between a business and a consumer, a term [*which has not been individually negotiated*] is unfair for the purposes of this Section if it is supplied by the business and if it significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing”; cursiva agregada. *Vid.* a este respecto la introducción a la *Outline Edition* del DCFR, VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2009, p. 46).

⁴⁵ Según el art. 81(1) de la propuesta de la comisión de los expertos, había de tener eficacia el control de contenido en los contratos B2C, cuando la cláusula hubiere sido “dispuesta” por el comerciante; ello sucedía, “if a version of it was included in terms originally supplied by the business, even if it has subsequently been the subject of

Actualmente, un total de once Estados miembros permiten ese tipo de control a los tribunales u otras autoridades públicas⁴⁶. Como el instrumento opcional engloba un conjunto completo de normas obligatorias en materia de protección de los consumidores plenamente armonizadas⁴⁷, existe el temor de que el nivel de protección en estos países se vea reducido.

Sin embargo, este temor es infundado por muchos motivos. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el concepto “cláusulas contractuales no negociadas individualmente”, está definido en el art. 7 NCCE en términos muy amplios. Además, debe tomarse en consideración que en un contrato entre un comerciante y un consumidor, corresponderá al comerciante la carga de probar que una cláusula impuesta por él ha sido negociada individualmente (art. 7.3 NCCE). En tercer lugar, hay que tener en cuenta el hecho de que han sido concebidas de modo imperativo muchas normas del instrumento opcional en el ámbito B2C, de manera que cualquier discrepancia con las mismas será en general inadmisibles, también las que se refieran a acuerdos individuales. Finalmente, debe tenerse a su vez presente que el instrumento opcional, según dispone el considerando (27), no regula “la invalidez de un contrato por ilegalidad o inmoralidad”. Por consiguiente, los consumidores se verán tutelados por el control de ilegalidad o inmoralidad establecido en el Derecho de los Estados miembros aún cuando se aplique el instrumento opcional⁴⁸.

4.2. Control de contenido según la cláusula general (art. 83 NCCE)

a. Clasificación general

El precepto general, según el art. 83 NCCE, delinea los parámetros de control del carácter abusivo. Según el art. 83 NCCE, en un contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor, una cláusula contractual incorporada por aquel que no haya sido negociada individualmente será abusiva, “si causa, en contra de las exigencias de la buena fe contractual y en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo en los derechos y las obligaciones de las partes derivados del contrato.”

negotiations with the consumer”; European Commission, A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders’ and legal practitioners’ feedback, 2011 (http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf).

⁴⁶ Ésta es la situación en los Países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Suecia), así como en Bélgica (*Loi du 14/7/1991 sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur*), Bulgaria, la República Checa, Eslovenia, Francia, Letonia, Luxemburgo y Malta. Por el contrario, la *Loi belge de 2.8.2002, relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales*, propone un camino intermedio. *Vid.* al respecto, EBERS (2008, p. 226).

⁴⁷ Considerando (11); art. 11 de la Propuesta de Reglamento.

⁴⁸ También debe recordarse en este lugar que el considerando (27), con la interpretación sostenida en este trabajo, debe ser interpretado de forma restrictiva (*sub* 4.4.b).

Esta formulación se corresponde en gran medida con la Directiva sobre cláusulas abusivas. No obstante, el instrumento opcional, a diferencia de la Directiva, no solamente hace referencia al concepto de “buena fe” sino además a la “honestidad en los tratos” (“redlicher Geschäftsverkehr” o “fair dealing”). En la versión española de la Propuesta de Reglamento ese añadido no es evidente. El concepto “honestidad en los tratos”, no se menciona en la traducción española. En su lugar, se habla en general de “buena fe contractual”. No obstante, al margen de ese error de traducción no existen más diferencias, ya que finalmente se remite a la definición establecida en el art. 2(b) de la Propuesta de Reglamento. Según la misma, la “buena fe contractual” es “una norma de conducta caracterizada por la honestidad, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión.”

El instrumento opcional sigue, en consecuencia, la terminología del DCFR. Como el DCFR, a través de la referencia a los conceptos de “buena fe” y “honestidad en los tratos”, el instrumento opcional se remite a un principio general, que está establecido en el art. 2 NCCE y del que se hace mención en el instrumento opcional en otros muchos contextos⁴⁹. De ese modo, la cláusula general para el control de cláusulas contractuales abusivas en los contratos entre comerciantes, se remite también a ese principio (art. 86 NCCE).

El principio de buena fe contractual consagrado en el art. 83 NCCE constituye una manifestación específica del principio general de buena fe contractual⁵⁰.

b. Concepto del control de cláusulas en el instrumento opcional y en los Estados miembros

Los Estados miembros han transpuesto de forma muy diferente el concepto consagrado en el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE. El requisito de la buena fe, de *good faith*, es citado explícitamente sólo en doce Estados europeos⁵¹.

El criterio “desequilibrio significativo” se utiliza en total en 18 Estados miembros⁵². No obstante,

⁴⁹ De ese modo, en especial con la información precontractual que debe facilitar el comerciante que trate con otro comerciante (art. 23.1 NCCE), con respecto al error (art. 48.11(b)(iii) NCCE) y el dolo (art. 49.1 y 3 NCCE); en relación con la interpretación del contrato (art. 59(h) NCCE), las cláusulas contractuales implícitas (art. 68.1(c) NCCE) así como con las cláusulas contractuales abusivas relativas al pago de intereses de demora (art. 170.1 NCCE).

⁵⁰ Considerando (31) de la Propuesta de Reglamento.

⁵¹ Se trata de Alemania, Chipre, España, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Malta, Polonia, Portugal, República checa y Reino Unido.

⁵² Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal y Reino Unido.

en siete de estos Estados no se menciona el criterio adicional de la buena fe⁵³. Esto hace que en estos países la carga de la prueba sea atenuada en favor del consumidor, porque para esto es necesario sólo un significativo desequilibrio y no además –por añadidura– una violación de la buena fe. Por el contrario, según la normativa común, el “desequilibrio significativo” no es suficiente por sí solo. El tenor sugiere más bien que, además, debe existir una vulneración de la buena fe⁵⁴.

No se sabe todavía si estas discrepancias conducirán –como en parte se teme⁵⁵– a una reducción del nivel de protección del consumidor. Finalmente, lo que debiera ser decisivo es la interpretación que realicen tanto los tribunales nacionales como el propio TJ.

4.3. Lista negra (art. 84 NCCE) y lista gris (art. 85 NCCE)

a. Normativa del instrumento opcional

Hasta la fecha, el Anexo de la Directiva 93/13/CEE sólo contiene “una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que *pueden* ser declaradas abusivas”⁵⁶. En consecuencia, una cláusula que contravenga el Anexo no debe considerarse necesariamente abusiva. El Anexo –contrariamente a lo previsto en los proyectos preliminares de la Directiva⁵⁷– no contiene ninguna “lista negra”, incluyendo cláusulas siempre y de por sí no vinculantes. Tampoco contiene ninguna “lista gris”, incluyendo cláusulas presuntamente abusivas. Esta lista, como se resalta por el TJ en el asunto *Comisión contra el Reino de Suecia*⁵⁸, más bien tiene “un valor indicativo e ilustrativo”.

La perspectiva es otra en la normativa común. El art. 84 NCCE contiene una lista negra de 11 cláusulas contractuales que se considerarán siempre abusivas; y el art. 85 NCCE contempla una lista gris de 23 cláusulas presuntamente abusivas. La Propuesta va más allá de los ACQP y el DCFR. En ambos cuerpos de reglas, la lista negra contiene una única cláusula (la que otorga

⁵³ Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Francia, Grecia, Lituania y Luxemburgo.

⁵⁴ Cfr. también VON BAR y CLIVE (2009, p. 634 = comentario B al art. II.-9:403 DCFR): “The unfairness test in the present Article comprises two criteria: the “contrary to good faith and fair dealing” criterion as well as the “significant disadvantage” criterion.

⁵⁵ BEUC’s Comments (Part VI) for the Commission’s Expert Group on European Contract Law, BEUC’s preliminary comments – Unfair contract terms, Ref.: X/2011/082 – 31/03/11, p. 3.

⁵⁶ Art. 3.3 Dir. 93/13/CEE; la cursiva es mía.

⁵⁷ Cfr. el primer proyecto de la directiva sobre las cláusulas abusivas (COM 90, 322 final, DOCE 28.09.1990, C 243/2), además el segundo proyecto (COM 92, 66 final, DOCE 24.03.1992, C 73/7).

⁵⁸ STJUE, Asunto C-478/99 (*Comisión c. Suecia*), par. 22.

jurisdicción exclusiva)⁵⁹.

b. Comparación con el Derecho interno

La normativa común producirá un aumento del nivel de protección del consumidor en muchos Estados. Los consumidores de países en los que el Anexo de cláusulas sólo tenga carácter ilustrativo, serán protegidos por las listas negra y gris. Lo mismo sucederá con los consumidores de países en los que determinadas cláusulas sólo eran consideradas presuntamente abusivas hasta el momento, pero que al optar por la normativa común, entrarán en el ámbito de la lista negra. En consecuencia, la Propuesta conduciría a un incremento de los estándares de protección del consumidor en muchos Estados miembros.

Por el contrario, el nivel de protección al consumidor se rebajará en los Estados miembros que contemplan una lista negra o gris con más cláusulas de las descritas en los arts. 84 y 85 NCCE. Efectivamente, dado que la normativa común opta por la armonización plena, es evidente que el Derecho del Estado miembro se verá desplazado por la elección del instrumento opcional. El hecho de que exista o no ese riesgo efectivamente, es una cuestión que tiene que ser dilucidada a través de una investigación completa que compare todas las prohibiciones de cláusulas de todos los Estados miembros con lo dispuesto en los arts. 84 y 85 NCCE.

Este peligro no parece avistarse en España o en Alemania. Ambos países poseen cláusulas de prohibición que van más allá de lo dispuesto en el Anexo de la Directiva 93/13/CEE. En ambos países se prohíben cláusulas a través de otros términos que no son utilizados por la Directiva. No obstante, debe considerarse que la normativa común va más allá de la Directiva. La Propuesta de Reglamento no sólo ha introducido en los arts. 84 y 85 NCCE las cláusulas citadas en el Anexo de la Directiva 93/13/CEE, sino que también regula prohibiciones de cláusulas absolutamente nuevas en las listas negra y gris. Los arts. 84 y 85 NCCE parecen cubrir casi todas las prohibiciones de cláusulas que se hallan en los ordenamientos español y alemán.

Por lo demás, el instrumento opcional podría reducir el nivel de protección del consumidor en cuanto a las cláusulas que ya son objeto de una lista negra en un Estado miembro, pero que en la normativa común sólo están contenidas en una lista gris. Ese problema se plantea también en España y en Alemania. En España, es sabido que el TR-LGDCU, en sus arts. 85-90, contiene listados de cláusulas que son abusivas “en todo caso” (cfr. art. 82.4 TR-LGDCU); es por ello que la doctrina hace referencia muchas veces a que el legislador español ha creado una lista negra. El Derecho alemán contiene, por el contrario, tanto una lista negra (§ 309 BGB) como una lista gris (§ 308 BGB). Ambas listas no se corresponden por completo con las listas negra y gris de la normativa común.

No obstante, el problema descrito se relativiza si se tiene en cuenta que la distinción entre lista negra y lista gris dista mucho de ser clara. La lista negra se distinguiría de la lista gris por

⁵⁹ Vid. art. 6:304 ACQP y art. II-9:409 DCFR.

contener o no conceptos indeterminados que exijan valoraciones, atendiendo a las circunstancias, de manera que en ciertos casos las cláusulas serán válidas y en otros no. Las listas de los arts. 85 a 90 del TR, según este criterio, son listas mixtas, porque mezclan prohibiciones precisas con otras que requieren determinación de ciertos conceptos. En cualquier caso, sea del color que sea una lista, incluso sus variables numéricas requieren también interpretación⁶⁰. La lista requiere en muchos casos ponderar diferentes elementos; por ejemplo, si los plazos son excesivamente largos o insuficientemente determinados, si existen razones o motivos válidos, razones objetivas, e indemnizaciones o garantías desproporcionadas⁶¹.

c. ¿Flexibilidad del instrumento opcional?

El último punto trata acerca de la flexibilidad del instrumento opcional. Dado que el instrumento opcional proporciona reglas de armonización plena, existe el peligro de que el nivel de protección al consumidor previsto en el Reglamento no sea lo suficientemente rápido para adaptarse a las circunstancias cambiantes del mercado.

Lo anterior es aplicable en especial a las listas negra y gris. La lentitud del proceso de adopción de normas en la Unión Europea, su rigidez y complejidad, hace muy difícil que ésta pueda reaccionar con rapidez a la hora de regular nuevas estrategias comerciales⁶².

La [Propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores de 2008](#)⁶³, preveía por ello la posibilidad de que las listas negra y gris de los anexos II y III, pudieran ser modificadas a través del llamado “procedimiento de comitología”. Según esa propuesta, los Estados miembros habrían estado obligados a notificar a la Comisión las cláusulas que las autoridades nacionales competentes consideraran abusivas y que juzgasen pertinentes a efectos de la modificación de la Directiva⁶⁴. Mediante el citado procedimiento, la Comisión hubiera podido modificar los citados anexos, asistida de un “Comité sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con Consumidores”, que hubiera estado compuesto por los representantes de los Estados miembros y

⁶⁰ Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ (2011, p. 744).

⁶¹ MIQUEL GONZÁLEZ (2011, p. 747).

⁶² Es dudoso si en la práctica existe efectivamente la necesidad de adaptar las listas de cláusulas abusivas. En Alemania, las listas de cláusulas introducidas en 1976 en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Gesetz zur Regelung des Rechts Allgemeiner Geschäftsbedingungen) son en su mayoría idénticas a las introducidas en 2002 con la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones del BGB. Del mismo modo, en España, en 2007, el legislador no ha realizado especiales modificaciones en el texto refundido. La situación es diferente en Francia. Desde 2009 existen en Derecho francés unas listas gris y negra (Décret núm. 2009-302 du 18.3.2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation).

⁶³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, COM(2008) 614 final. Al respecto, EBERS (2010).

⁶⁴ Art. 39.1 de la Propuesta de Directiva.

presidido por el representante de la Comisión⁶⁵.

Esa opción ya no se incluye en la Propuesta de Reglamento para un instrumento opcional. No obstante, la Comisión debiera decidir introducir un procedimiento de comitología en el instrumento opcional⁶⁶.

4.4. ¿Plena armonización del control de contenido?

Las consideraciones previas han dejado claro que el instrumento opcional, en relación con el control de contenido de cláusulas no negociadas individualmente, establece un nivel de protección del consumidor que claramente está por encima de lo establecido en la Directiva sobre cláusulas abusivas, y que en la mayoría de Estados miembros coincidirá con un aumento del estándar de protección del consumidor.

¿En qué lugar queda, no obstante, la segunda exigencia? ¿Podrán entender los comerciantes que las cláusulas sólo podrán ser controladas mediante la normativa común? ¿O deben contar con que las cláusulas todavía serán controladas por los Derechos nacionales, que son divergentes entre sí?

a. Derecho imperativo y dispositivo del instrumento opcional como guía interpretativa del control de cláusulas

Esencialmente, el instrumento opcional para los contratos de compraventa tiene un ámbito de aplicación muy amplio. Dado que la normativa común regula el ciclo de vida completo de un contrato, las disposiciones imperativas y dispositivas establecidas en el instrumento opcional pueden desempeñar en muchos ámbitos un papel de guía para resolver la cuestión de si una cláusula causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo en los derechos y las obligaciones de las partes derivados del contrato.

Supongamos, por ejemplo, que un comerciante cuelga, encima de la caja de un supermercado, un cartel que pone “la apertura del embalaje obliga a la compra del producto”⁶⁷. Una cláusula semejante, en realidad, no se incluye –en principio– en la lista gris, que prohíbe “exigir al consumidor el pago de una cantidad desproporcionadamente elevada en concepto de daños

⁶⁵ Vid. art. 39.2 y art. 40 de la Propuesta, así como la Decisión 1999/468/CE, del Consejo, de 28.6.1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (DOCE 17.7.1999, L 184/23), modificada por la Decisión 2006/512/CE (DOUE 22.7.2006, L 200/11).

⁶⁶ En contra del procedimiento de comitología, sin embargo, MICKLITZ/REICH (2009, pp. 514 y ss.); JANSEN (2010, p. 83), con el argumento de que semejantes decisiones no pueden atribuirse a la Comisión, ya que está al margen de la presión de los grupos de intereses.

⁶⁷ El ejemplo está extraído de OLG Düsseldorf, *Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report (NJW-RR)* 2001, p. 1563.

y perjuicios en caso de incumplimiento de obligaciones impuestas en virtud del contrato o el pago de una cantidad estipulada por incumplimiento” (art. 85(e) NCCE). La cláusula no se ocupa del incumplimiento, sino que la formalización del contrato se puede fingir a través de la apertura del embalaje. En consecuencia, es preciso acudir a la cláusula general (art. 83 NCCE). En este marco, las reglas del instrumento opcional (y también sus listas negra y gris) pueden desempeñar una función de guía. Por una parte podría decirse que la cláusula se separa de la intención principal del capítulo 3 dedicado a la celebración del contrato. Por otra parte, podría argumentarse que la obligación del cliente de adquirir la mercancía y pagar el precio comprenden globalmente una indemnización por daños. En todo caso, el daño causado al vendedor con la apertura del embalaje es esencialmente más pequeño que el precio de la venta (si no se rompe el producto al desembalarlo). La cláusula vulnera entonces el espíritu del art. 85(e) NCCE.

Otro ejemplo: Supongamos que un comprador adquiere un cheque-regalo⁶⁸. Las cláusulas del comerciante prevén que ese cheque sólo será válido hasta un año después de su fecha de emisión. De nuevo, una cláusula semejante no está prevista en las listas negra y gris, por lo que es preciso acudir a la cláusula general (art. 83 NCCE). Para resolver la cuestión de si la cláusula causa un desequilibrio significativo en los derechos y las obligaciones de las partes derivados del contrato, en detrimento del consumidor, podríamos acudir una vez más a la normativa específica del instrumento opcional. En consecuencia, la cláusula se separa de la guía de que el plazo de prescripción al menos tiene la duración de dos años (art. 179.1 NCCE).

En el último ejemplo se ha hecho referencia a una cláusula de un contrato entre un comerciante y un consumidor acerca de la compra de ordenadores o accesorios⁶⁹. La cláusula prevé: “si el comprador ejerce contra nosotros la acción de garantía, y finalmente resulta que no existía ningún vicio en la cosa, el comprador tendrá que resarcirnos de todos los costes derivados de nuestra personación en el proceso”.

Una cláusula semejante podría entrar en el ámbito del art. 85(b) NCCE. Según dicho precepto, se presumirá que una cláusula contractual es abusiva si tiene como objeto o efecto excluir o limitar de forma inadecuada los remedios a los que el consumidor tiene derecho frente al comerciante por el incumplimiento. Podría argumentarse que la cláusula representa una restricción de los derechos de garantía del cliente, ya que no puede excluirse que el comprador, a la vista de una cláusula que prevé la indemnización por daños, decida abstenerse de accionar contra el comerciante por los vicios de la cosa vendida. Adicionalmente cabría recurrir a las normas específicas del instrumento opcional, midiendo su función de guía:

- El instrumento opcional no reconoce acciones de resarcimiento del vendedor contra el comprador por el ejercicio de los derechos citados.

⁶⁸ Vid. OLG München, *Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report (NJW-RR)* 2008, p. 1233.

⁶⁹ Vid. OLG Düsseldorf, *Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report (NJW-RR)* 2000, p. 790.

- Al amparo de los arts. 121 y 122 NCCE, existen los requisitos de examen y notificación sobre el incumplimiento solamente en los contratos entre comerciantes. El consumidor no está obligado a una comprobación de la mercancía o a informar sobre la vulneración del contrato. Dado que el consumidor no tiene esa obligación de analizar la cosa con mayor precisión, no puede obligársele a cargar con los daños que surjan del ejercicio no exitoso de sus acciones.

Los ejemplos acabados de exponer muestran que el carácter abusivo de las cláusulas que no están claramente recogidas en las listas negra o gris, puede ser demostrado acudiendo al instrumento opcional. Puesto que el instrumento opcional no sólo regula cuestiones sectoriales del Derecho de compraventa, sino que regula la totalidad de derechos y obligaciones contractuales, las reglas del instrumento opcional despliegan una función de guía para el control de cláusulas.

b. Vulneraciones del Derecho nacional imperativo: ilegalidad e inmoralidad

Es problemática la cuestión de si las vulneraciones del Derecho nacional juegan algún papel en el control de las cláusulas contractuales, dado que según el considerando (27), la ilegalidad y la inmoralidad no están sometidas al instrumento opcional, sino al Derecho interno aplicable.

El instrumento opcional no regula en absoluto la ilegalidad. La inmoralidad al menos sí que se regula parcialmente, como motivo de anulación en el art. 51 NCCE (explotación injusta). Según el mismo, una parte podrá anular un contrato si, en el momento de su celebración, a) tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas, tenía necesidades urgentes o era imprevisora, ignorante o inexperimentada; y b) esta otra parte sabía, o cabía esperar que supiera, la referida situación del otro contratante y, atendidas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja injusta. Esta regulación es incompleta, ya que la invalidez por inmoralidad viene recogida en la mayoría de ordenamientos jurídicos simplemente como aprovechamiento injusto; antes bien, tales contratos deben ser evitados en general, porque son inaceptables para la comunidad jurídica. Por ello, dichos contratos no solamente son anulables, sino nulos de pleno derecho. Si tomamos el considerando (27) al pie de la letra, el art. 51 NCCE no contiene ninguna regulación exhaustiva. En consecuencia, los Estados miembros pueden conservar regulaciones generales –como los arts. 134 y 138 BGB del Derecho alemán, o el art. 1255 Código Civil del Derecho español– que prevean la ineficacia de los contratos que contengan cláusulas que son contrarias a las leyes o a la moral.

La excepción contenida en el considerando (27) con respecto a la invalidez de un contrato por ilegalidad o inmoralidad podría poner en cuestión la finalidad del instrumento opcional de permitir a los comerciantes contar con un conjunto común de normas y utilizar las mismas cláusulas contractuales en todas sus transacciones transfronterizas. Los Estados miembros podrían deshacerse de las obligaciones del instrumento opcional en orden a la plena armonización, en la medida en que controlen los contratos a través de las normas imperativas. La entrada en vigor en Alemania de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1976

demuestra que un escenario semejante no está tan lejano. El concepto de la inmoralidad (§ 138 BGB) y el principio de la buena fe (§ 242 BGB) sirvieron de punto de apoyo a la jurisprudencia alemana para establecer el control de contenido a las condiciones generales antes de la ley 1976, y para que ésta recogiera la doctrina elaborada por la jurisprudencia⁷⁰.

En conclusión, existiría el peligro de que el instrumento opcional sea también ineficaz para la uniformización. En realidad, es evidente que serían ineficaces las cláusulas que vulneren una prohibición especial de las listas negra o gris del instrumento opcional. Pero ningún agente en el mercado podría confiar en que el Derecho nacional imperativo no prohíba cláusulas que no se encuentren en las listas negra o gris del instrumento opcional.

Estas consideraciones demuestran que existe una relevante necesidad de clarificación con respecto a la cuestión de qué significa “invalidez de un contrato por ilegalidad o inmoralidad”. El instrumento opcional sólo es adecuado para ofrecer un marco jurídico único para los comerciantes con negocios transfronterizos, si seguimos una interpretación restrictiva de las excepciones mencionadas en el considerando (27). De ello pueden derivarse las siguientes consecuencias:

- El instrumento opcional contiene regulaciones especiales para el control de cláusulas no negociadas individualmente. Esta normativa no puede ser eludida a través del recurso a normas imperativas del Derecho nacional. El control a través de la legalidad o la moral no puede referirse solamente a las cláusulas no negociadas individualmente, sino que debe referirse a los contratos en general, y por tanto también a las cláusulas negociadas individualmente. En otras palabras, a través de las normas imperativas generales no pueden deducirse requisitos específicos para el control de las cláusulas no negociadas individualmente.
- Los conceptos de legalidad y moral no se basan en la protección unilateral de una parte contratante, sino en el equilibrio de intereses. Por ello, por ejemplo, en el art. 1255 CC se toman en cuenta también los intereses de la otra parte, y también los de los terceros y el interés público⁷¹. Si ésta es la interpretación que se deriva del considerando (27), los Estados miembros no pueden aplicar normas imperativas que protejan solamente a una de las partes del contrato (el consumidor).
- La cláusula general para el control de cláusulas no negociadas individualmente (art. 83 NCCE) se refiere sobre todo al “desequilibrio significativo en los derechos y las obligaciones”. Por el contrario, las contravenciones de la moral y del orden público presuponen una lesión grave de los intereses protegidos.

⁷⁰ El Tribunal supremo del Reich se apoyó sobre todo en el § 138 BGB (negocios contrarios a las buenas costumbres); RGZ 62, 264; RGZ 143, 24. Por el contrario, el Tribunal supremo federal apoyó el control del contenido, en primer lugar en el § 242 BGB (buena fe); BGHZ 22, 90; BGHZ 63, 256. Un extracto de diferentes resoluciones se encuentra en RANIERI (2009, pp. 371-374).

⁷¹ Vid. MIQUEL GONZÁLEZ (2011, p. 735).

- Las consecuencias de una violación contra la legalidad o la moral son normalmente la nulidad de todo el contrato y no sólo la nulidad parcial. Del mismo modo, el considerando (27) habla expresamente de la “invalidez de un contrato”. Los Estados miembros no pueden acudir a las normas imperativas a fin de controlar cláusulas contractuales aisladas.

La interpretación defendida en este trabajo del considerando (27) tendría la consecuencia de que si se elige el Instrumento opcional, el control de las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato⁷² o de las cláusulas negociadas individualmente⁷³, no podría realizarse sin más según el Derecho nacional. La elección del instrumento opcional conduciría a que el consumidor en los Estados miembros que prevean un control similar, tendría un tratamiento peor al establecido en el Derecho nacional. Sin embargo, ello es inevitable. Los comerciantes pueden ofrecer un modelo contractual unificado solamente si existe un compromiso entre los intereses del consumidor y los intereses del comerciante. Las lagunas en la tutela judicial podrían integrarse si los tribunales recurren a las cláusulas generales previstas en el instrumento opcional, en especial a los conceptos de buena fe y honradez en los tratos (art. 2 NCCE), y no al Derecho nacional imperativo. En este caso, el TJ podría decidir de manera vinculante, a través del instrumento opcional, en qué casos son abusivas las cláusulas contractuales, evitando de ese modo que lo hagan los tribunales nacionales a través del Derecho interno.

5. Control de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos entre comerciantes

5.1. Ámbito de aplicación personal del instrumento

El instrumento opcional no solamente contiene normativa para el control de cláusulas abusivas en transacciones entre un comerciante y un consumidor, sino también para los negocios entre comerciantes. No obstante, la Propuesta ofrece un ámbito de aplicación personal limitado. Según el art. 7.1 de la Propuesta de Reglamento, sólo se podrá utilizar la normativa común si al menos una de las partes es una pequeña o mediana empresa («PYME»). Según el art. 7.2 de la Propuesta de Reglamento, una PYME es un comerciante que (a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas, y (b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones de euros o un balance anual no superior a 43 millones de euros. El Reglamento deja a los Estados miembros solamente la opción de decidir el recurso opcional a la normativa común cuando ninguna de las partes sea una PYME.

La restricción del ámbito de aplicación del instrumento opcional a las PYMEs es incomprensible. ¿Por qué las grandes empresas no pueden tener, en general, la posibilidad de basar sus contratos

⁷² Vid. supra, 4.1.b.

⁷³ Vid. supra, 4.1.c.

en el instrumento opcional?

Por otro lado, la restricción del control de cláusulas a los contratos con las PYMEs tiene sentido si se piensa que las pequeñas o medianas empresas precisan protección, mientras que las grandes empresas siempre tienen la posibilidad de chequear los clausulados por sus departamentos jurídicos. En el Derecho de los Estados miembros se encuentran, en parte, restricciones similares. Por ejemplo, el Derecho holandés contiene normas especiales acerca del control de cláusulas abusivas, que se extienden al ámbito B2B (Art. 6:231-6:6247 BW). Sin embargo, los contratantes con más de 50 trabajadores y las sociedades mercantiles que poseen deber de rendición de cuentas, no pueden acudir al control de inclusión ni a la cláusula general del control de contenido (Art. 6:235 BW)⁷⁴.

Un enfoque similar (aunque más restrictivo) se encuentra en el Reino Unido en las propuestas de las Comisiones de Derecho inglés y escocés de 2005⁷⁵. Ambas comisiones proponen muy claramente ampliar la tutela proporcionada por el control de contenido a todas las pequeñas empresas operantes en Gran Bretaña. Sin embargo, al hilo de la propuesta, sólo los muy pequeños comerciantes pueden ser dignos de protección, dado que no deben contar con más de 9 trabajadores. Además, el contrato en cuestión no puede tener un valor superior a 500.000 libras.

5.2. Acuerdo sobre la utilización de la normativa común. Relación con la Convención de Viena

Al igual que con respecto a los contratos B2C, también debe existir un acuerdo sobre el uso de la normativa común en los contratos B2B (art. 8.1 de la Propuesta de Reglamento). Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con los contratos B2C⁷⁶, no es necesario que el consentimiento se exprese mediante una declaración explícita independiente de la declaración por la que se indica el acuerdo para celebrar un contrato. Por consiguiente, el acuerdo no tiene por qué ser explícito, sino que también podría ser tácito. Además, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común también puede figurar en las condiciones generales.

Sin embargo, no está claramente establecido en la normativa si las partes contractuales, en caso de que eligieran el instrumento opcional, pueden a la vez excluir la normativa sobre inclusión (art. 70 NCCE) y control de contenido (art. 86 NCCE) de cláusulas no negociadas individualmente. Al amparo del art. 8.3 de la Propuesta de Reglamento, en las relaciones entre un comerciante y un consumidor no se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea parcialmente, sino únicamente en su integridad. De ello se deduce, a contrario, que en los contratos B2B sí se puede recurrir a la normativa común parcialmente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que al amparo de los arts. 70.3 y 81 NCCE, las partes no podrán excluir la

⁷⁴ Las listas negra y gris (Art. 6:235, 6:236 BW) se refieren de antemano sólo a los contratos con consumidores.

⁷⁵ *Law Commission/Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts* (en: LAW COM N. 292/SCOT LAW COM N. 199), disponible en http://www.lawcom.gov.uk/lc_reports.htm, 5.24 ss.

⁷⁶ *Vid.* art. 8.2 de la Propuesta de Reglamento y considerando (22).

aplicación de las reglas sobre inclusión y control de contenido. Dado que ambos artículos hablan en general de “las partes”, se entienden incluidos los contratos B2B. En consecuencia, hay que deducir que los comerciantes no podrán excluir la aplicación de los arts. 70 y 86 NCCE si eligen el instrumento opcional.

En caso de que concurra un contrato transfronterizo entre dos comerciantes y fueran pertinentes los presupuestos de aplicación de los arts. 1 y ss. de la Convención de Viena (CV), debe establecerse la relación entre la CV y la normativa común. En principio no deberían producirse problemas al respecto: mientras que la CV sigue el principio de *opt-out*⁷⁷, el instrumento opcional parte del *opt-in*⁷⁸. El instrumento opcional, en consecuencia, sólo puede ser de aplicación si, en primer lugar, se renuncia eficazmente a la CV y, en segundo lugar, si el uso de la normativa común es consensuado por las partes. La primera cuestión está regulada por la CV, y la segunda por las reglas del instrumento opcional. La exclusión de la CV puede realizarse expresa o tácitamente⁷⁹. Si las partes pactan sólo en general la elección de la normativa común (sin excluir expresamente la CV), habrá que deducir la existencia de una opción tácita para la no aplicación de la Convención de Viena⁸⁰.

En caso de que se produzca la exclusión de la CV y se opte por la elección del instrumento opcional con respecto a las condiciones generales, deben tenerse en cuenta algunas especialidades. La CV sólo podrá ser renunciada eficazmente a través de condiciones generales si las mismas forman parte del contrato. Esta cuestión se rige a través de los criterios de la CV y, por tanto, a través de los arts. 14 y ss.⁸¹. En opinión de algunos tribunales, no solamente debe advertirse a la contraparte de la vigencia de las condiciones generales, sino que las condiciones generales deben existir efectivamente, como muy tarde, en el momento de la conclusión del

⁷⁷ Art. 6 Convención de Viena.

⁷⁸ Art. 8 de la Propuesta de Reglamento.

⁷⁹ La mayoría de tribunales reconocen que la exclusión de la CV es posible de manera explícita e implícita. Cfr. Oberster Gerichtshof (Austria), 22.10.2001 (CISG-Online 614); Cour de Cassation (Francia), 26.6.2001 (CISG-Online 600); SAP Alicante, Secc. 7ª, 16.11.2000 (AC 2000\2413; MP: José Manuel Valero Díez); Tribunale di Vigevano (Italia), 12.7.2000 (CISG-Online 493); Oberlandesgericht Dresden (Alemania), 27.12.1999 (CISG-Online 511); Oberlandesgericht München (Alemania), 9.7.1997 (CISG-Online 282). Vid. además MISTELIS (2011, par. 16).

⁸⁰ Cfr. considerando (25) de la Propuesta de Reglamento. La situación descrita se refiere al caso de que las partes hayan optado *concretamente* por el Derecho de un Estado miembro (por ejemplo: “el contrato se somete a las disposiciones sobre compraventa del BGB”). En las referencias de este tipo se parte, en general, de una exclusión de la Convención; cfr. OLG Linz (Austria), 23.1.2006 (CISG-Online 1377); Tribunale di Padova (Italia), 11.1.2005 (CISG-Online 967); OLG Rostock (Alemania), 10.10.2001 (CISG-Online 671); *Asante Technologies v. PMC-Sierra*, U. S. Dist. Ct. (N. D. Cal.), 27.7.2001 (CISG-Online 616); OLG Frankfurt a.M. (Alemania), 30.8.2000 (CISG-Online 594); al respecto FERRARI (2008, par. 21).

⁸¹ PILTZ (2008, p. 61 = 2-113); LOHMANN (2005, p. 210).

contrato. El usuario tiene a ese respecto la obligación de enviar las cláusulas⁸². Para la elección del instrumento opcional en las condiciones generales basta por el contrario la mera advertencia a las cláusulas contractuales (art. 8.1(2) de la Propuesta de Reglamento y art. 70.1 NCCE)⁸³.

5.3. Interpretación, inclusión y transparencia de cláusulas no negociadas individualmente: Especialidades en el ámbito B2B. Comparación con el DCFR

Las reglas de la normativa común para la interpretación de cláusulas no negociadas individualmente se corresponden con el DCFR. Tanto al amparo del art. 65 NCCE como según el art. II.-8:103(2) DCFR se dispone que cuando existan dudas acerca del significado de una cláusula contractual que no haya sido negociada individualmente, prevalecerá la interpretación contraria a los intereses de la parte que la propuso.

Por el contrario, existen diferencias entre la normativa común y el DCFR con respecto a la inclusión. Según el art. II.-9:103(3)(b) DCFR, en un contrato (también en las relaciones entre comerciantes), la mera referencia en el texto del mismo no bastará para considerar que se han adoptado medidas suficientes para que la otra parte tenga conocimiento de las cláusulas contractuales, aun cuando la otra parte haya suscrito el documento. Por el contrario, según el art. 70.1 NCCE, esta regla sólo rige para los contratos B2C.

Según el art. 82 NCCE, el deber de transparencia en las cláusulas contractuales no negociadas individualmente sólo rige con respecto a los contratos con consumidores; es obligado atender a la vulneración del deber de transparencia en especial a la hora de evaluar si una cláusula contractual resulta abusiva (art. 83.2(a) NCCE). Por el contrario, con respecto a los contratos B2B no tiene por qué observarse en absoluto el deber de transparencia según la normativa común. En este punto se distancia el instrumento opcional del DCFR. Según el art. II.-9:402(1) DCFR, rige en principio la obligación de transparencia también para los contratos B2B.

5.4. Control de contenido en los contratos entre comerciantes

a. Clasificación general (art. 86 NCCE)

El control de contenido en los contratos entre comerciantes se regula en el art. 86 NCCE. Según el art. 86 NCCE, una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva a efectos de la presente sección sólo si (a) forma parte de cláusulas no negociadas

⁸² BGH (Alemania), 31.10.2001 (*CISG-Online* 617); LG Neubrandenburg (Alemania), 3.8.2005 (*CISG-Online* 1190); LG Trier (Alemania), 8.12.2004 (*CISG-Online* 910); Hof 's-Hertogenbosch (Holanda), 16.10.2002 (*CISG-Online* 816) (con expresa relación al art. 2:104 PECL). Sin embargo, en opinión de otros tribunales, no existe una obligación general de envío de las condiciones contractuales; Trib. com. Nivelles (Bélgica), 19.9.1995 (*CISG-Online* 366); OGH (Austria), 6.2.1996 (*CISG-Online* 224); LG Heilbronn (Alemania), 15.9.1997 (*CISG-Online* 562); OLG Zweibrücken (Alemania), 31.3.1998 (*CISG-Online* 481); OLG Linz (Austria), 8.8.2005 (*CISG-Online* 1087).

⁸³ *Vid. supra*, 3.1.

individualmente y (b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe contractual.

La regulación se corresponde con el Art. II.-9:405 DCFR, pero con una excepción: según el DCFR el control de contenido sólo se refiere a las condiciones generales de contratación, es decir, a las cláusulas que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente por las partes. Al amparo de la normativa común, el control de contenido del art. 86 NCCE rige en general para las cláusulas no negociadas individualmente, por tanto, para las cláusulas que han sido previamente formuladas para una sola transacción.

b. Comparación con el Derecho interno

Si se compara el art. 86 NCCE con la situación jurídica de los Estados miembros, se halla el siguiente panorama desigual:

- En los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Suecia) el art. 36 de la «Ley sobre el contrato» admite un control de todos los contratos («B2B», «B2C», «P2P»), e incluso las cláusulas individualmente negociadas pueden ser valoradas⁸⁴.
- En otros Estados, el control se manifiesta igualmente sobre todos los contratos (B2B, B2C, P2P), pero –por lo menos según la orientación de base– son escrutadas exclusivamente condiciones generales de contrato; para los contratos «B2C» está previsto, en cambio, también un control sobre cláusulas predispuestas contenidas dentro de un contrato individual, en armonía con la Directiva; en este modelo se inspiran Alemania, Austria, Holanda y Portugal y, entre los nuevos países miembros, Eslovenia, Hungría, Lituania⁸⁵ y Estonia⁸⁶.
- En el tercer grupo se insertan todos aquellos países que circunscriben el control en los contratos «B2C», pero lo someten también a cláusulas individualmente negociadas; aquí se encuentran Francia, Bélgica y Luxemburgo, así como la República checa, Letonia y Malta.

⁸⁴ Sin embargo, al respecto es necesario considerar que según lo dispuesto por el art. 36 de la «Ley sobre el contrato», en caso de comprobar del abuso de una cláusula, debe valorarse no sólo el contenido del contrato y las circunstancias que han precedido su formación, sino también el poder de negociación de las partes. Por lo tanto, en los contratos «B2B» una cláusula puede ser declarada abusiva sólo cuando concurren presupuestos más rigurosos.

⁸⁵ Sin embargo, con la particularidad de que en Eslovenia los contratos «B2C» pueden ser examinados incluso con respecto a las cláusulas individualmente negociadas.

⁸⁶ Se considera que puede pertenecer a este grupo también Estonia, ya que según el *Law of Obligations Act* estonio es posible un control sobre todos los contratos, pero con la diferencia que éste, en línea de principio –y no solamente para los contratos «B2C», como ocurre en los demás estados citados– atañe a las condiciones del contrato, que no fueron «objeto de negociación individual».

- Finalmente, un grupo de estados europeos acoge la orientación de la Directiva 93/13/CEE, ya que el control se limita a los contratos «B2C» y sólo son escrutadas las cláusulas que no han formado «objeto de negociación individual»; en este grupo, confluyen España, Grecia, Irlanda, Italia⁸⁷ y Reino Unido⁸⁸; entre los nuevos países miembros han escogido este modelo Chipre, Eslovaquia y Polonia.

Las consideraciones han mostrado que en catorce Estados miembros⁸⁹ no existen normas de carácter general que se dirijan específicamente al control de las condiciones practicadas en las relaciones entre comerciantes. En algunos de aquéllos, sin embargo, se desarrolla cuanto menos un control de tipo indirecto, aunque muy circunscrito, y extensible incluso al tráfico comercial.

Muchos países prevén reglas sobre la inclusión y la interpretación de las cláusulas predispuestas, que son de aplicación, en términos amplios, a todos los contratos. En realidad, precisamente, en el control sobre la inclusión y sobre la interpretación, a menudo existe una verificación oculta del contenido, ya que en este contexto no son examinados exclusivamente aspectos formales, sino que son más bien puestos de relieve perfiles de contenido, es decir, juicios que afectan al mérito de las cláusulas. De ese modo –y para proporcionar un ejemplo– en algunos países, la válida inclusión de condiciones generales no depende solamente de la circunstancia de que la contraparte, en una valoración de impronta formal, haya podido tomar conocimiento de las cláusulas. Al contrario, se sopesan aquellos elementos que implican una valoración de fondo: de esa forma, en caso de cláusulas perjudiciales, insólitas o inesperadas, razones de equidad pueden conducir a buscar requisitos más seguros para su inserción en el contrato, o a practicar una lectura demasiado restrictiva.

Además se considera que en todo país miembro se encuentran instrumentos correctivos de orden general, con los cuales se puede nivelar la extrema desproporción entre las obligaciones asumidas por las partes en vía principal, también en el marco de los contratos «B2B»: piénsese en la hipótesis del *laesio enormis* y de la usura, o en la norma del orden público o las buenas costumbres. Por poner un ejemplo, la jurisprudencia francesa, a veces ha admitido el control sobre cláusulas en las relaciones entre profesionales (gracias a la doctrina de la *cause, ex art. 1131 del Code civil*), aunque las normas francesas sobre el control del contenido están restringidas en

⁸⁷ No obstante, en Italia subsiste la peculiaridad de que la lista negra establecida en el art. 36.2 *Codice del consumo*, también es aplicable a las cláusulas objeto de negociación individual.

⁸⁸ En el Reino Unido se registra la particularidad de que, al lado de los *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations (UTCCR) 1999*, cuyo ámbito de aplicación se limita a los contratos «B2C» y garantiza la actuación de la Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas, se aplica el *Unfair Contract Terms Act (UCTA) 1977*. Sin embargo, éste último, a diferencia del *UTCCR 1999*, es también aplicable en línea de principio a los contratos entre empresarios. No obstante, en el *UCTA*, el núcleo del control del contenido está conformado por cláusulas limitativas o exoneradoras de responsabilidad.

⁸⁹ Bélgica, Chipre, Eslovaquia, España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Polonia, República checa y Reino Unido.

línea de principio sólo a los contratos del consumidor⁹⁰.

Finalmente, en muchos Estados miembros se alcanza un nivel de protección más amplio al asegurado por la Directiva 93/13/CEE, a través del empleo de una noción diferencial de consumidor. Así, por ejemplo, en Francia⁹¹, Polonia⁹² y Letonia⁹³, los profesionales que concluyan un contrato ajeno a su habitual sector de comercio, son salvaguardados de la misma manera que los consumidores, o bien como si fueran «*non-professionnels*».

c. ¿Concreción del art. 86 NCCE mediante las listas negra y gris?

Queda abierta la cuestión de si, al amparo del instrumento opcional, el art. 86 NCCE puede ser concretado mediante las listas negra y gris (arts. 84 y 85 NCCE). En realidad, los arts. 84 y 85 NCCE sólo se refieren a los contratos B2C. También afirma el art. 86 NCCE que una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva sólo si “se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales”.

Debe considerarse, no obstante, que en algunos Estados miembros las normas de control de cláusulas pueden ser precisadas a través de las listas de cláusulas con respecto a los contratos B2B:

- Las normas alemanas en tema de control sobre las condiciones generales (§ 305 ss. del BGB) tutelan en línea de principio a cada parte contractual; es cierto que, con respecto a un profesional, algunas disposiciones no encuentran aplicación directa, en particular la lista gris (§ 308 BGB) y la lista negra (§ 309 BGB), que operan para los contratos «B2C» (§ 310.1 BGB); sin embargo, también con respecto a los contratos «B2B», se exige al juez la comprobación de que una determinada cláusula, que sería inadmisibles en caso de que fuera utilizada respecto de un consumidor según los §§ 308 y 309 BGB, en el caso concreto deba juzgarse inválida también en una relación entre profesionales, debido a una

⁹⁰ Cour de Cassation, Civ. 22.10.1996 D. 1997, 121, *Société Bancheureau v. Société Chronopost*; sin embargo, en decisiones más recientes, la Cour de Cassation ha vuelto a modificar los principios desarrollados en *Chronopost* (cfr. *Chambre mixte*, 22.04.2005, pourvoi n. 02-18326 y 03-14112, además de *Chambre commerciale*, 21.02.2006, pourvoi n. 04-20139).

⁹¹ Art. L 132-1 *Code de la Consommation*; cfr. sobre el tema, Cour de Cassation, 28.4.1987, JCP (*Jurisclasseur périodique*) 1987, II, 20893; C.Cass., 24.1.1995, *Recueil Dalloz Sirey*, 1995, pp. 327-329; C.Cass., 23.11.1999, *Jurisclasseur, Contrats-Concurrence-Consommation*, 2000, commentaires, p.25; C.Cass., 23.2.1999, D. 1999, *Informations rapides*, p. 82.

⁹² Según los arts. 22/1 y 384.3, Código civil polaco, son consumidores todas las personas que concluyen contratos por una finalidad no «directamente» vinculada a una actividad económica.

⁹³ Cfr. *Chapter 1, Sección 1*, inciso 3º, de la Ley (letona) de tutela del consumidor «Consumer – a natural or legal person who expresses a wish to purchase, purchases or might purchase goods or utilises a service for a purpose which is not directly related to his or her entrepreneurial activity» (cursiva de quien escribe).

«valoración paralela en la esfera del profesional». Según la jurisprudencia del BGH fundamentalmente, la lista negra (§ 309 BGB) adquiere un valor indiciario, en el sentido de que la disposición examinada, incluso en el tráfico comercial, conduce a un injustificado perjuicio de la contraparte⁹⁴.

- El derecho portugués, junto a una cláusula general vigente para todos los contratos («B2B», «B2C», «P2P») y contenida en el art. 15 del *Decreto Lei* núm. 446/85, reconoce una lista gris y una lista negra, aplicable a todas las relaciones entre «*empresários ou entidades equiparadas*» (arts. 18 y 19 del citado *Decreto Lei* núm. 446/85)⁹⁵.
- En Estonia, la cláusula general de ley para las condiciones contractuales predispuestas (art. 42, inciso 1º y 2º, *Law of Obligations Act*) es igualmente aplicable a todos los contratos; la lista negra vigente para los contratos «B2C» (art. 42.3, *Law of Obligations Act*) debe ser calificada como lista gris para los contratos «B2B» (art. 44 del *Law of Obligations Act.*)⁹⁶.

Estos contextos demuestran que no puede excluirse que los tribunales recurran a las listas negra y gris (arts. 84, 85 NCCE) para concretar el art. 86 NCCE, siempre y cuando al mismo tiempo la cláusula se aparte manifiestamente de las buenas prácticas comerciales.

5.5. Conclusión intermedia

La normativa establecida en el instrumento opcional para el control de cláusulas no negociadas individualmente es más restrictiva que la contenida en el Derecho de compraventa de Naciones Unidas y en el Derecho de otros muchos ordenamientos europeos. El Derecho de compraventa de NU no contiene, en absoluto, ninguna regulación del control de cláusulas. En la Unión Europea, al menos 14 Estados miembros han renunciado a establecer normas de carácter general que se dirijan específicamente al control de las condiciones practicadas en las relaciones entre comerciantes.

Con respecto a los contratos B2B, las empresas poseen en principio la libertad de escoger el Derecho aplicable en sus contratos. Por ello, es de suponer que las grandes empresas que contratan con PYMEs no escogerán el instrumento opcional si quieren evitar un control del contenido de sus cláusulas contractuales. Por lo demás, existe el problema de la inseguridad jurídica. El estándar de las “buenas prácticas comerciales” no ofrece un sustento aplicable para ello, que indique si las cláusulas son válidas o inválidas, ya que por el momento no existe en

⁹⁴ BGH, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1981, p. 1501 y ss.; BGH, NJW 1993, p. 2436 y ss.; BGH, NJW 1996, p. 389 y ss.

⁹⁵ *Decreto-Lei n° 446/85, de 25 de Outubro, na redacção resultante do Decreto-Lei núm. 220/95, de 31 de Agosto, tal como rectificado pela Declaração de Rectificação núm. 114-B/95, de 31 de Agosto, do Decreto-Lei núm. 249/99, de 7 de Julho.*

⁹⁶ Cfr. sect. 44 del *Law of Obligations Act*: «If a standard term specified in subsection 42 (3) of this Act is used in a contract where the other party to the contract is a person who entered into the contract for the purposes of the economic or professional activities of the person, the term is presumed to be unfair».

Europa un consenso general de cómo deba entenderse ese estándar⁹⁷. Para los contratos entre pequeñas y medianas empresas resulta atractivo el instrumento opcional, ya que la necesidad de negociar la ley aplicable constituye un escollo importante al comercio transfronterizo.

6. Aplicación

Los últimos comentarios versan sobre la aplicación individual y colectiva del instrumento opcional, así como acerca de la cuestión de cómo puede materializarse en la práctica una interpretación unificada del mismo.

6.1. Aplicación individual

La normativa común regula solamente la aplicación individual. Al amparo del art. 79 NCCE, una cláusula del contrato incorporada por una parte y considerada abusiva no será vinculante para la otra parte. Esa norma se corresponde con lo dispuesto en la Directiva sobre cláusulas abusivas (art. 6.1).

Según el art. 79.2 NCCE, el contrato vincula en su integridad a ambas partes, siempre que éste pueda seguir en vigor sin las cláusulas abusivas. La ineficacia queda con ello circunscrita, al menos normalmente, a la previsión contractual incongruente. El considerando (32) deja claro en este contexto que la normativa común de compraventa europea debe tener como objeto la preservación de un contrato válido, siempre que sea posible y apropiado habida cuenta de los intereses legítimos de las partes. Esta regulación se corresponde también con la prevista en la Directiva (art. 6.2).

6.2. Aplicación colectiva

a. Ninguna regla en el instrumento opcional. Comparación con el *Acquis communautaire*

El instrumento opcional no contiene en absoluto ninguna regla sobre la aplicación colectiva. Posiblemente ello se debe a que la Comisión, en el año 2011, realizó una consulta pública sobre un planteamiento europeo coherente del proceso (“recurso”) colectivo, cuyos resultados todavía se esperan⁹⁸. Sin embargo, la Propuesta de Reglamento no se refiere de ningún modo a esa consulta. Tampoco la Propuesta toma en consideración de manera suficiente el Derecho de la unión ya existente (*acquis communautaire*).

⁹⁷ También en este sentido, JANSEN (2010, p. 91).

⁹⁸ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, consulta pública, Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo, SEC(2011) 173 final, http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/cr_consultation_paper_es.pdf.

La Directiva 93/13/CEE obliga a los Estados a que “existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos entre profesionales y consumidores” (art. 7.1). Estos medios deben comprender también disposiciones “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” (art. 7.2.).

Esta prescripción es complementada por la [Directiva 2009/22/CE](#) sobre las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Las vulneraciones de las normas de Derecho interno que transponen la Directiva, deben ser perseguidas a través de la acción de cesación de las entidades habilitadas. Los Estados miembros pueden escoger entre dos opciones. Pueden optar por que uno o más organismos públicos independientes ejerciten el derecho a entablar las acciones previstas en la presente Directiva. La otra opción debe ser prever el ejercicio de estos derechos por organizaciones cuyo objeto consista en proteger los intereses colectivos de los consumidores.

Finalmente, la utilización de cláusulas abusivas puede implicar una “práctica comercial desleal” en el sentido previsto en la [Directiva 2005/29/CE](#) sobre las prácticas comerciales desleales⁹⁹. Si se sigue esta opinión, tanto las organizaciones de consumidores como los competidores, amparándose en el Derecho interno, deberían proceder judicialmente contra tales prácticas comerciales desleales y/o someter las prácticas comerciales desleales a un órgano administrativo competente (art. 11 de la Directiva).

b. Necesidad de clarificación y rectificación

Es precisa una clarificación y rectificación en varios aspectos. En primer lugar, no está claro si el instrumento opcional vincula solamente a las partes del contrato y a los tribunales nacionales en caso de acciones individuales, o también deben aplicarse a las acciones colectivas de las organizaciones de consumidores y a las autoridades públicas, como debería ser. Si no fuera así, las asociaciones de consumidores y las autoridades de consumo o los Defensores del pueblo (Ombudsman), a través de las acciones de omisión o de cesación, podrían prohibir el uso de cláusulas cuando contravengan el Derecho nacional, aunque no vulneren el instrumento opcional¹⁰⁰.

⁹⁹ En especial, KÖHLER (2008). Cfr. también BGH, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 2010, p. 1117; BGH, *GRUR* 2010, p. 1120; al respecto KÖHLER (2010). El TJ todavía no ha resuelto esta cuestión, pero existe un proceso pendiente sobre la misma; Asunto C-433/11 (*SKP c. Kveta Polhošová*).

¹⁰⁰ Existe por supuesto una especial dificultad en los procesos colectivos, derivada de que en estos procesos no se trata de un contrato individual, sino de las prácticas comerciales en el mercado. Las organizaciones de consumidores o las autoridades públicas no pueden determinar sin más que el Derecho nacional sea pertinente para las cláusulas utilizadas, o que esos contratos serán realizados regularmente a través del instrumento

Por lo demás, el instrumento opcional debería prever acciones en favor del organismo u organización que posea un interés legítimo en hacer que se respeten las disposiciones contempladas en la normativa común. Técnicamente podría solventarse esa carencia añadiendo la Directiva sobre las acciones de cesación y completar su Anexo con referencia al instrumento opcional. No obstante, todo ello sería insuficiente. El instrumento opcional no sólo se aplica entre comerciantes y consumidores, sino también entre comerciantes. Lógicamente, deberían también estar legitimados para la interposición de acciones los comerciantes competidores, o las asociaciones de empresarios.

6.3. El control judicial de las cláusulas abusivas

a. Interpretación única del instrumento opcional

Para el éxito del instrumento opcional es imprescindible que el Reglamento se interprete en Europa de forma uniforme. Ello es especialmente importante con respecto al control de cláusulas abusivas, ya que ese control se basa en conceptos jurídicos indeterminados y en cláusulas generales.

Para la interpretación del instrumento opcional serán competentes los tribunales nacionales. Por ello hay que dar la bienvenida a la obligación, prevista por la Propuesta de Reglamento, de que se produzca una comunicación de las resoluciones judiciales por las que se aplica el presente Reglamento¹⁰¹. En consecuencia, los Estados miembros velarán por que las resoluciones definitivas de sus órganos jurisdiccionales por las que se apliquen las normas del presente Reglamento, se notifiquen sin demora indebida a la Comisión. Por lo demás, la Comisión queda obligada a crear un sistema que permita consultar la información relativa a las resoluciones de los tribunales nacionales, así como las sentencias pertinentes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dicho sistema será accesible al público.

No obstante, sólo se podrá conseguir una interpretación unificada del reglamento si el TJ en el futuro –corrigiendo su jurisprudencia acerca de la Directiva sobre cláusulas abusivas–,¹⁰² acepta la interpretación de cláusulas generales en el caso concreto. A mi juicio existen buenas oportunidades de que el TJ modifique esa jurisprudencia con respecto al instrumento opcional. En primer lugar, se trata de un reglamento, y no de una directiva. En segundo lugar, el instrumento opcional se basa, a diferencia de la directiva, en el principio de la plena armonización. Y en tercer lugar, el instrumento opcional regula el “ciclo de vida” completo del contrato, por lo que existirán guías que podrán ser utilizadas para la concreción de conceptos

opcional.

¹⁰¹ Art. 14 de la Propuesta de Reglamento.

¹⁰² Vid. STJUE, 1.4.2004, Asunto C-237/02 (*Freiburger Kommunalbauten c. Ludger Hofstetter y Ulrike Hofstetter*), par. 22; STJUE, 4.6.2009, Asunto C-243/08 (*Pannon c. Erzsébet Sustikné Gyórfi*), par. 42.

jurídicos indeterminados (buena fe, desequilibrio).

b. Extensión de las competencias del TJ

La promulgación del instrumento opcional conducirá presumiblemente a que los tribunales nacionales planteen muchas más cuestiones prejudiciales ante el TJ. El aumento de las cuestiones para la interpretación y perfeccionamiento precisa una extensión relevante de las competencias del TJ en materia de Derecho privado¹⁰³. En relación con ello cabe cuestionarse la capacidad del propio tribunal para asumir toda esa carga de trabajo. Además, también cabe poner en tela de juicio la competencia de los jueces. ¿Podrán y querrán los jueces del Tribunal asumir esta carga adicional de trabajo, teniendo en cuenta que la mayoría están formados en el ámbito del Derecho público? Un último problema de esa jurisdicción es su centralización en Luxemburgo. A diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos con los tribunales federales, el TJ no posee una organización regional o local en los Estados miembros, o en algunos grupos de ellos. Solamente existe un único tribunal para todo un continente de 500 millones de personas.

Los problemas apuntados aquí evidencian que la arquitectura jurisdiccional de la Unión debiera ser modificada. Del mismo modo que se ha realizado para el tribunal de la función pública, la Unión debería crear tribunales especializados en Derecho privado (arts. 256 y 257 TFUE). Esos nuevos tribunales estarían en el mismo nivel que el tribunal de la función pública. Para la total operatividad de la propuesta, las cuestiones prejudiciales del art. 256.3 TFUE debieran ser traspasadas al nuevo tribunal.

c. ¿Casación ante el TJ?

Finalmente, desde el punto de vista procesal, debe garantizarse la interpretación uniforme del instrumento opcional a cargo de una última instancia. Al amparo del ordenamiento vigente hasta la fecha, las personas de Derecho privado no pueden acudir a un tribunal de la jurisdicción comunitaria para reclamar sus derechos¹⁰⁴. Ello constituye una situación ciertamente peculiar en un ordenamiento jurídico. A nivel nacional no cabe duda de la posibilidad de los particulares de acudir a los tribunales para reclamar cualesquiera derechos. Al amparo del Derecho de la Unión, los particulares sólo pueden acudir excepcionalmente ante el TJ, y nunca para debatir asuntos de Derecho privado.

El instrumento opcional ofrece una posibilidad reforzada de pensar en un tribunal de casación europeo. Debería existir la posibilidad, para todos los interesados, de acudir a ese tribunal para

¹⁰³ Vid. asimismo en cuanto al DCFR, ERNST (2008, p. 267); BASEDOW (2010, pp. 190 y ss.).

¹⁰⁴ Cfr. STJUE, 6.10.1982, Asunto 283/81 (*CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della Sanità*), par. 9; ATJUE, 28.4.1998, Asunto C-116/96 REV (*Reisebüro Binder*), par. 7. Vid. además STJUE, 19.1.1994, Asunto C-364/92 (*SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*), par. 9; STJUE, 10.7.1997, Asunto C-261/95 (*Rosalba Palmisani c. Istituto nazionale della previdenza sociale*), par. 31.

reclamar sus derechos¹⁰⁵. Una posibilidad sería crear un recurso ante el TJ contra las decisiones de los altos tribunales nacionales. Por descontado, el ámbito del recurso estaría limitado a las infracciones de derecho de la Unión.

7. *Valoración conclusiva*

En conclusión, el análisis anterior ha mostrado que no están justificados los temores expresados desde muchos ámbitos, de que el instrumento opcional podría conducir a un “dumping social”. La normativa común prevé un control de cláusulas no negociadas individualmente, lo que en comparación con muchos ordenamientos confiere su misma protección, o una tutela aún mayor. Ello es evidente con respecto a las listas de cláusulas abusivas previstas en el Reglamento, que en contraste con lo previsto en la Directiva sobre cláusulas abusivas y en muchos ordenamientos nacionales, no sólo tiene un valor indicativo o ilustrativo, sino que se han configurado como listas negra y gris. En Estados como España o Alemania, en los que existen listas de cláusulas que van más allá de lo previsto en la Directiva, no es de temer reducción alguna del estándar de protección del consumidor, ya que la normativa común completa la Directiva e introduce muchas prohibiciones nuevas de cláusulas. Son precisas algunas rectificaciones solamente en algunos pocos puntos, en especial con respecto a la cuestión de si las cláusulas declarativas están sometidas a un control de transparencia, y con respecto a la accesibilidad de las condiciones.

Por el contrario, el juicio no puede ser tan positivo con respecto a la cuestión de si el Reglamento posibilita que los comerciantes puedan utilizar en el futuro las mismas cláusulas contractuales en todas sus transacciones. El éxito del instrumento opcional depende decisivamente, como ya se ha dicho, de cuál sea el alcance de su ámbito de aplicación. Cuanto más amplio sea, más reducida será la necesidad de recurrir al Derecho nacional y, por consiguiente, menores serán las desventajas de un “mix” jurídico que puedan derivarse para todos los interesados. Debe lamentarse que la Propuesta se restrinja a los contratos transfronterizos, y que en lo esencial solamente se refiera a contratos de compraventa. El instrumento opcional no resolverá todas las cuestiones que se planteen con respecto a los contratos de compraventa transfronterizos, ya que se excluyen todos los temas de representación, responsabilidad extracontractual y derechos reales. Por otra parte, obviamente hay que tomar en consideración las cuestiones políticas. Cuanto más amplio sea el ámbito de la normativa común, mayores serán las resistencias frente al instrumento opcional. Por consiguiente, a mi juicio es defendible que la Propuesta no regule los aspectos citados.

Sin embargo, resulta problemático que la invalidez de un contrato por ilegalidad o inmoralidad esté sometida al Derecho interno aplicable, y no al instrumento opcional. Esta excepción puede comprometer seriamente el éxito del instrumento opcional, ya que abre la posibilidad a los tribunales de liberarse del carácter vinculante de la normativa común. El instrumento opcional sólo es adecuado para ofrecer un marco jurídico único dirigido a comerciantes con negocios

¹⁰⁵ *Vid.* también BASEDOW (2010, p. 193).

transfronterizos, si esa excepción se interpreta de forma restrictiva. La Comisión debiera concretar qué debe entenderse por “invalidez de un contrato por ilegalidad o inmoralidad”.

Por lo demás, existe necesidad de clarificación y rectificación con respecto a las posibilidades de tutela judicial colectiva, que no son mencionadas en absoluto en el instrumento opcional.

Las anteriores críticas no deben ser malinterpretadas. La Propuesta de Reglamento publicada por la Comisión es un importante hito en la construcción de un Derecho contractual europeo. Dado que la normativa común no debe ocupar el lugar de los Derechos de contratos nacionales, sino ser el régimen contractual núm. 28 al lado de esos Derechos internos, cabe prever una competencia pertinaz entre el instrumento opcional y los ordenamientos internos. De ese modo, el Derecho europeo de contratos será consecuencia de un proceso evolutivo. En esa medida debe aprovecharse la posibilidad histórica de adherirse al instrumento opcional.

8. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
STJUE, 6.10.1982	283/81	CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della Sanità
STJUE, 19.1.1994	C-364/92	SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol
STJUE, 10.7.1997	C-261/95	Rosalba Palmisani c. Istituto nazionale della previdenza sociale
ATJUE, 28.4.1998	C-116/96 REV	Reisebüro Binder
STJUE, 27.6.2000	C-240/98 a C-244/98	Océano Grupo Editorial c. Roció Murciano Quintero
STJUE, 7.5.2002	C-478/99	Comisión c. Suecia
STJUE, 1.4.2004	C-237/02	Freiburger Kommunalbauten c. Ludger Hofstetter y Ulrike Hofstetter
STJUE, 4.6.2009	C-243/08	Pannon c. Erzsébet Sustikné Gyórfi
STJUE, 3.6.2010	C-484/08	Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)

Audiencia Provincial

<i>Tribunal, Sección y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Alicante, Secc. 7ª, 16.11.2000	AC 2000\2413	José Manuel Valero Díez

Tribunales extranjeros

<i>Tribunal, País y Fecha</i>	<i>Ar.</i>
Cour de Cassation (Francia), 28.4.1987	<i>JCP (Jurisclasseur periodique)</i> 1987, II, 20893
Cour de Cassation (Francia), 24.1.1995	<i>Recueil Dalloz Sirey</i> , 1995, pp. 327-329
Trib. com. Nivelles (Bélgica), 19.9.1995	<i>CISG-Online</i> 366
OGH (Austria), 6.2.1996	<i>CISG-Online</i> 224
Cour de Cassation (Francia), 22.10.1996	D. 1997, 121
Oberlandesgericht München (Alemania), 9.7.1997	<i>CISG-Online</i> 282
LG Heilbronn (Alemania), 15.9.1997	<i>CISG-Online</i> 562
OLG Zweibrücken (Alemania), 31.3.1998	<i>CISG-Online</i> 481
Cour de Cassation (Francia), 23.2.1999	D. 1999, <i>Informations rapides</i> , p. 82
Cour de Cassation (Francia), 23.11.1999	<i>Jurisclasseur, Contrats-Concurrence-Consommation</i> , 2000, commentaires, p.25
Oberlandesgericht Dresden (Alemania), 27.12.1999	<i>CISG-Online</i> 511
Tribunale di Vigevano (Italia), 12.7.2000	<i>CISG-Online</i> 493
OLG Frankfurt a.M. (Alemania), 30.8.2000	<i>CISG-Online</i> 594
Cour de Cassation (Francia), 26.6.2001	<i>CISG-Online</i> 600
<i>Asante Technologies v. PMC-Sierra</i> , U. S. Dist. Ct. (N. D. Cal.), 27.7.2001	<i>CISG-Online</i> 616
OLG Rostock (Alemania), 10.10.2001	<i>CISG-Online</i> 671
Oberster Gerichtshof (Austria), 22.10.2001	<i>CISG-Online</i> 614
BGH (Alemania), 31.10.2001	<i>CISG-Online</i> 617
Hof 's-Hertogenbosch (Holanda), 16.10.2002	<i>CISG-Online</i> 816
LG Trier (Alemania), 8.12.2004	<i>CISG-Online</i> 910
Tribunale di Padova (Italia), 11.1.2005	<i>CISG-Online</i> 967
LG Neubrandenburg (Alemania), 3.8.2005	<i>CISG-Online</i> 1190
OLG Linz (Austria), 8.8.2005	<i>CISG-Online</i> 1087
OLG Linz (Austria), 23.1.2006	<i>CISG-Online</i> 1377

9. Bibliografía

ACQUIS GROUP (Research Group on the Existing EC Private Law) (2009), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II*, Sellier European Law Publishers, München.

Esther ARROYO i AMAYUELAS (2008), "Los principios del Derecho contractual comunitario", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, Fascículo I, enero-marzo 2008, pp. 219-239.

Christian VON BAR/Eric CLIVE (Eds.) (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Sellier European Law Publishers, München.

Christian VON BAR/Eric CLIVE/Hans SCHULTE-NÖLKE (Eds.) (2009), *Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Sellier European Law Publishers, München.

Jürgen BASEDOW (2010), "Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht. Über Unsicherheiten, Allgemeine Grundsätze und die europäische Justizarchitektur", *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, pp. 157-195.

Christoph BUSCH (2011), "Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, pp. 655-662.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2006), *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Aranzadi, Pamplona.

Federico DE CASTRO Y BRAVO (1975), *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, Civitas, Madrid.

Martin EBERS (2008), "Unfair Contract Terms Directive (93/13)", en Hans SCHULTE-NÖLKE/Christian TWIGG-FLESNER/Martin EBERS (eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier European Law Publishers, München, pp. 197-261.

--- (2009), "La autonomía del Derecho de bienes en Alemania y la Unificación Europea", en Ferran BADOSA Coll y M. Carmen GETE-ALONSO CALERA (Dirs.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, pp. 275-292.

--- (2010), "De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores", *InDret*, 2/2010 (www.indret.com).

Wolfgang ERNST (2008), "Der Common Frame of Reference aus juristischer Sicht", *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, pp. 248-282.

Franco FERRARI (2008), "Comentario al Art. 6 CISG", en Peter SCHLECHTRIEM e Ingeborg SCHWENZER (Eds.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 5. Auflage, C.H. Beck, München.

Christian GRÜNEBERG (2010), "Comentario al § 305 BGB", en *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 69. Auflage, C.H. Beck, München.

Martijn W. HESSELINK (2008), *CFR & Social Justice. A short study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European private law: what roles for fairness and social justice?*, Sellier European Law Publishers, München.

Geraint HOWELLS (2011), "European Contract Law Reform and European Consumer Law - Two Related But Distinct Regimes", *European Review of Contract Law (ERCL)*, pp. 173-194.

Nils JANSEN (2010), "Klauselkontrolle im europäischen Privatrecht, Ein Beitrag zur Revision des Verbraucheracquis", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, pp. 69-106.

Eva-Maria KIENINGER (2009), "Die Vollharmonisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - eine Utopie?", *Rabels Zeitschrift*, (73) 2009, pp. 793-817.

Helmut KÖHLER (2008), "Konkurrentenklage gegen die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen?", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, pp. 177-181.

Helmut KÖHLER (2010), "Die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln: ein Fall für das UWG. Zugleich Besprechung der BGH-Entscheidungen "Gewährleistungsausschluss im Internet" und "Vollmachtsnachweis", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, pp. 1047-1053.

Arnd LOHMANN (2005), *Parteiautonomie und UN-Kaufrecht. Zugleich ein Beitrag zum Anwendungsbereich des Wiener Kaufrechtsübereinkommens der Vereinten Nationen vom 11. April 1980*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Marco LOOS (2011), "Scope and application of the Optional Instrument, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series Núm. 2011/09" (<http://ssrn.com/abstract=1890683>).

Hans MICKLITZ/Norbert REICH (2009), "Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights", *Common Market Law Review*, (46) 2009, pp. 471-519.

Loukas MISTELIS (2011), "Comentario al Art. 6 CISG", en Stefan KRÖLL, Loukas MISTELIS y Pilar PERALES VISCASILLAS (Eds.), *UN-Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 1st Ed., C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden.

José María MIQUEL GONZÁLEZ (2011), "Comentario al art. 82 TR-LGDCU", en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid 2011, pp. 711-753.

Horatia MUIR WATT y Ruth SEFTON-GREEN (2010), en Hans-W. MICKLITZ y Fabrizio CAFAGGI (Eds.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, pp. 201-219.

Francisco PERTIÑEZ VÍLCHEZ (2011), "Comentario al art. 80 TR-LGDCU", en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid 2011, pp. 696-710.

Thomas PFEIFFER (2009), "Non-negotiated Terms", en Reiner Schulze (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2nd revised edition, Sellier European Law Publishers, München, pp. 181-189.

Thomas PFEIFFER y Martin EBERS (2009), "Commentary on Art. 6:101 ACQP", en ACQUIS GROUP (Research Group on the Existing EC Private Law), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier European Law Publishers, München, 2009, pp. 297-304.

Burghard PILTZ (2008), *Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung*, 2. Aufl., C.H. Beck, München.

Filippo RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht, Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3. Auflage, Springer, Wien/New York.

Jacobien W. RUTGERS (2011), "An Optional Instrument and Social dumping revisited", *European Review of Contract Law (ERCL)*, pp. 350-359.