

## DOS MODELOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: ESPAÑA Y REINO UNIDO

*Inés Sánchez-Ventura Morer*

Profesora Ayudante Doctor  
Universidad de Navarra

---

TITLE: *Two models of administrative control of unfair terms: Spain and United Kingdom*

RESUMEN: El artículo 49 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios prevé la posibilidad de que las administraciones de consumo sancionen a las empresas que utilicen cláusulas abusivas en sus contratos. Se trata de una medida de protección general de los intereses de los consumidores de escasa trascendencia práctica si la comparamos con el número de procedimientos judiciales resueltos en este ámbito. El presente trabajo trata, en primer lugar, de analizar las posibles causas que pueden explicar la limitada aplicación del control administrativo en España. Por otro lado, examina el modelo de control administrativo preventivo en el uso de las cláusulas abusivas implantado en el Reino Unido en 1999, modelo que se ha revelado como especialmente eficaz.

ABSTRACT: *Article 49 of the general Law for the Protection of Consumers and Users has given enforcement powers to the Spanish Authorities in order to punish those corporations that used unfair terms in consumer contracts. It is a measure that tries to protect the general interests of the consumers. However, it has little application in comparison to the judicial approach. This paper has two main objectives. On one hand it analyses the reasons that could explain the limited application of the Spanish administrative control. On the other hand, it examines the model of preventive control established in the United Kingdom in 1999; which results a more effective way of protecting consumers in relation to unfair terms.*

PALABRAS CLAVE: consumidores, cláusulas abusivas, control administrativo, control preventivo, potestad sancionadora.

KEY WORDS: *consumers, unfair terms, preventive control, enforcement regime.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN ESPAÑA. 2.1. *Competencia de la Administración Pública para declarar una cláusula como abusiva.* 2.2. *El principio de legalidad y tipicidad en la calificación de cláusulas abusivas por parte de la Administración Pública.* 3. EL CONTROL NO JUDICIAL EN EL REINO UNIDO. 3.1. *Consideraciones previas.* 3.2. *Órganos y competencias de control sobre el uso de cláusulas abusivas.* 3.2.1. *Office of Fair Trading.* 3.2.2. *Enterprise Act 2002.* 3.3. *Efectos derivados de este mecanismo de control.* 4. CONCLUSIONES: EL CONTROL ADMINISTRATIVO PREVENTIVO EN ESPAÑA. BIBLIOGRAFÍA.

---

### 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece que «los

Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores», no limitando en ningún caso los medios de control a los órganos judiciales, sino abarcando tanto a asociaciones de consumidores, como a la propia Administración Pública y otros órganos de diversa índole<sup>1</sup>. En los dos ordenamientos objeto de estudio, fundamentalmente podemos encontrar dos mecanismos de control –judicial y administrativo– que funcionan con mayor o menor eficacia. El objetivo de estas líneas es valorar la eficacia y extensión del control administrativo en España y en el Reino Unido, determinar las diferencias y advertir de las posibles deficiencias que pueden existir en nuestro ordenamiento para, finalmente, proponer vías que puedan mejorar la situación.

En el caso español, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (de ahora en adelante TRLGDCU) considera infracción de carácter administrativo la utilización de cláusulas abusivas. Una vez que se constata la existencia de este tipo de cláusulas en los formularios o en los contratos efectivamente utilizados por las empresas con consumidores, la Administración competente podrá imponer la correspondiente sanción, consistente normalmente en la imposición de una multa. Lo cierto es que en España el control por parte de la Administración Pública, en este ámbito, no está muy extendido, según los datos reflejados en algunos medios de comunicación. En algunas Comunidades Autónomas<sup>2</sup>, tales como Asturias, el número de expedientes sancionatorios por el uso de cláusulas abusivas apenas ascendía a 53 sanciones de 8.000€<sup>3</sup>. Los datos que ofrecen otras Comunidades no son mucho mejores: en Andalucía el número de procedimientos sancionadores incoados por la utilización de cláusulas abusivas era de 14, cuando sólo las demandas de nulidad por cláusulas suelo ante el Juzgado de Sevilla ascendían a 8.900<sup>4</sup>. En Cataluña, aunque las cifras son algo más elevadas, tampoco son

<sup>1</sup> Como puede ser el propio Banco de España, a través de sus circulares, imponiendo a las entidades obligaciones de información específicas de cara a garantizar la transparencia en la contratación de servicios financieros.

<sup>2</sup> Lo cierto es que apenas se cuenta con datos de otras Comunidades. Los datos no están accesibles en las correspondientes consejerías. A lo que se suma la dificultad de realizar consultas *on line* en las webs de las 17 Comunidades Autónomas que ejercen esa potestad sancionadora a través de órganos que reciben una denominación distinta en cada una.

<sup>3</sup> Información disponible en el diario *El Mundo*: <http://www.elmundo.es/economia/2014/11/19/546cc482ca474141178b456f.html> [Consulta: 24 febrero 2018].

<sup>4</sup> Información disponible en *El Correo de Andalucía*: <http://elcorreoweb.es/economia/la-junta-solo-mucho-con-2-3-millones-a-los-bancos-por-clausulas-abusivas-CB3773712> [Consulta 24 febrero 2018]

representativas<sup>5</sup>. Estos datos, si los comparamos con la actividad judicial en este ámbito<sup>6</sup>, ponen en duda la eficacia del control administrativo español, control que, como tal, está previsto tanto en la normativa general de protección de los consumidores como en la normativa autonómica. La fragmentación de las normas, la multiplicidad de órganos competentes y la diversidad de criterios, pueden ser algunas de las razones que dificulten el ejercicio de la potestad sancionadora en este sentido, como se verá a continuación.

En el Reino Unido, el incumplimiento de cualquiera de las disposiciones en materia de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores da lugar a la posibilidad de acudir a través del planteamiento de una acción judicial a los juzgados, o bien cabe la posibilidad de plantear una queja ante el organismo de protección inglés del mercado, la *Competition and Markets Authority*, que tiene asumidas, entre otras funciones, la protección de los consumidores. Esta entidad, después de recabar la información oportuna, dictaminará si a su parecer esa cláusula resulta abusiva. Como se verá más adelante, de alguna forma la *Competition and Markets Authority* viene a cumplir un papel de control previo que impide que los casos lleguen a juicio evitando así procedimientos que tienden a alargarse en el tiempo y que resultan bastante caros para los consumidores. Lord Steyn, en el caso *Director General of Fair Trading v. First National Bank*<sup>7</sup>, señalaba que el Reino Unido posee un régimen dual: por un lado, los consumidores tienen la posibilidad de ejercitar una acción individual *ex casu*; por otro lado, hay un control preventivo referido a reclamaciones de carácter colectivo. Llega a afirmar que el sistema preventivo de disputas resulta ser una manera mucho más eficaz de evitar el uso de cláusulas abusivas que las acciones individuales<sup>8</sup>.

## 2. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN ESPAÑA

En el contexto del Derecho administrativo, las autoridades competentes en materia de consumo tienen competencias para poder tramitar expedientes sancionadores contra las empresas que hayan incorporado cláusulas abusivas en los contratos. Sin embargo,

<sup>5</sup> De la actuación de inspección y control del mercado de la Agencia catalana de Consumo se han derivado 317 expedientes sancionadores, de los cuales un 40% son multas impuestas por prácticas y cláusulas abusivas. Vid., Generalitat de Catalunya, Agència catalana del Consum, *Balanc d'actuacions de l'Agència catalana del Consum a la demarcació de Catalunya Central 2017*, Manresa, 3 de maig de 2018, disponible en: <http://consum.gencat.cat/ca/detalls/noticia/Balanc-2017-a-la-Catalunya-Central> [Consulta: 14 junio 2018].

<sup>6</sup> Según la información suministrada por el Consejo General del Poder Judicial en enero de 2018, el número de sentencias dictadas por los juzgados especializados en cláusulas abusivas ascendía a 9.326 en el segundo semestre de 2017 y los asuntos ingresados por este motivo era de 138.156.

<sup>7</sup> *Director General of Fair Trading v. First National Bank* [2001] UKHL 52 (25th October, 2001).

<sup>8</sup> En el § 33 de la sentencia citada, Lord Steyn señala: «The system of pre-emptive challenges is a more effective way of preventing the continuing use of unfair terms and changing contracting practice than *ex casu* actions».

este tema reviste cierta complejidad en la medida en que el régimen sancionador español se caracteriza por su enorme dispersión, recogándose en una gran diversidad de normas, en ocasiones dictadas con carácter general (para la protección de los consumidores y usuarios en su conjunto), en otras dictadas para la protección del consumidor en un ámbito específico del comercio (tales como pueden ser las normas dictadas en el ámbito de los servicios financieros y bancarios)<sup>9</sup>. A su vez, la organización territorial del Estado español influye en esa dispersión ya que unas veces las normas de protección de consumidores son dictadas por el gobierno central y, por lo tanto, son de aplicación en todo el territorio español, otras han sido dictadas por la correspondiente Comunidad Autónoma<sup>10</sup> y son de aplicación en ese concreto ámbito geográfico<sup>11</sup>.

Prácticamente todas las Comunidades Autónomas<sup>12</sup> han dictado su propia ley de protección general de los intereses de los consumidores y usuarios, y buena parte incorpora el correspondiente régimen sancionador que es el que resulta aplicable en la práctica<sup>13</sup>, lo que trae como resultado el hecho de que pueden resultar competentes varias Comunidades Autónomas, situación de concurrencia que ha intentado solventarse vía artículo 47 del TRLGDCU, en ocasiones, sin mucho éxito<sup>14</sup>. Así pueden

<sup>9</sup> ALENZA GARCÍA, José Francisco, «Título IV: Potestad sancionadora» en CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *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, p. 377.

<sup>10</sup> Las Comunidades Autónomas no sólo han dictado normas generales de protección de los consumidores que contraten en su territorio sino también normas reguladoras de sectores específicos.

<sup>11</sup> TEROL GÓMEZ, Ramón, «Capítulo XVI: El régimen sancionador en materia de consumo. Las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de defensa de los consumidores y usuarios» en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir) y SUÁREZ LÓPEZ, José María (coord.), *Derecho y Consumo: aspectos penales, civiles y administrativos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 580 a 585.

<sup>12</sup> La competencia en materia de protección de los consumidores ni aparece en el listado de competencias exclusivas del Estado (art. 149 CE), ni en la lista de competencias de la Comunidad Autónoma (art. 148 CE). Algunas Comunidades Autónomas incluyeron esta competencia en sus respectivos estatutos tales como Cataluña o Aragón. Otras, por el contrario, asumieron esa competencia tras la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, cuyo artículo 3 establecía: «Se transfiere a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución, en las siguientes materias [...] b) Defensa del consumidor y usuario».

<sup>13</sup> IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, «Comentario al Título IV: Potestad sancionadora, Capítulo I: Disposiciones generales», en REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (directores), *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, p. 612.

<sup>14</sup> En el caso de que sobre unos mismos hechos resulten competentes para sancionar tanto la administración de consumo como la administración sectorial correspondiente, el artículo 47.3 tan solo señala: «Las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los

darse discordancias entre una Comunidad Autónoma y otra en cuanto a la calificación de una determinada infracción –grave o leve– y en cuanto a la cuantía de la sanción. De ahí que, desde distintos entornos, se solicite que haya una mayor unificación de criterios evitando el solapamiento existente entre las distintas normativas autonómicas<sup>15</sup>.

Por lo que a nuestro caso se refiere, el artículo 49.1 i) del TRLGDCU<sup>16</sup> considera como infracción en materia de defensa de consumidores y usuarios la introducción de cláusulas abusivas en los contratos, precepto que habrá que poner en relación con los artículos 82 y siguientes del mismo TRLGDCU. En estos artículos se recogen las circunstancias o criterios que hay que tener en cuenta para declarar una cláusula como abusiva (art. 82), así como distintos tipos de cláusulas que, en todo caso, se considerarán abusivas (arts. 85 a 90). Siguiendo el modelo estatal<sup>17</sup>, las diecisiete Comunidades Autónomas, han previsto como infracción la utilización por parte del empresario de cláusulas abusivas, y casi todas han calificado la infracción de grave<sup>18</sup>.

La posibilidad de que la Administración Pública pueda sancionar a una empresa por incluir cláusulas abusivas en los contratos presenta ciertos interrogantes en la medida en que se atribuye a la Administración una facultad que, *a priori*, sólo corresponde al juez, lo que constituye «una muestra significativa de ese cuestionable fenómeno consistente en la tipificación como infracción administrativa de incumplimientos de carácter contractual o de la causación de daños contractuales o extracontractuales a los consumidores»<sup>19</sup>.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que cualquier procedimiento sancionatorio en este sentido –que podrá iniciarse a iniciativa de la administración o como consecuencia de la denuncia planteada por un consumidor–, tiene como finalidad evitar que esa

---

consumidores o usuarios», es decir, no atribuye a la administración de consumo competencia excluyente. Esta situación abre la posibilidad de incurrir en *bis in idem*. De acuerdo con algún autor, en la práctica se acabará imponiendo como criterio determinante de la competencia, el criterio cronológico. Esta solución podría extenderse al supuesto en el que resulten competentes varias Comunidades Autónomas. Vid., ALENZA GARCÍA, José Francisco, «Título IV: Potestad sancionadora», op. cit., pp. 384 a 386.

<sup>15</sup> TEROL GÓMEZ, R., «Capítulo XVI: El régimen sancionador en materia de consumo. Las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre,...», op. cit., pp. 621 y 622.

<sup>16</sup> Este artículo reproduce en gran parte el contenido del artículo 34 de la precedente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

<sup>17</sup> De acuerdo con la Disposición final primera, el artículo 49.1.i) tiene carácter básico. Más allá de este contenido, las Comunidades Autónomas podrán tipificar conductas e imponer las sanciones que consideren convenientes.

<sup>18</sup> Anexo con la normativa autonómica.

<sup>19</sup> REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y BUENO ARMIJO, Antonio María, «Comentario al Título IV: Potestad sancionadora, Capítulo II: Infracciones y sanciones», en REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (directores), *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, op. cit., p. 789.

empresa siga utilizando dichas cláusulas en los contratos a nivel general. Por lo tanto, si un consumidor concreto quisiera la obtención de una declaración de una cláusula como abusiva, deberá iniciar un procedimiento judicial ante los órganos del orden civil. La Administración no está facultada para dejar sin efecto una determinada cláusula incorporada a un contrato en vigor, pues esa facultad corresponde exclusivamente a los tribunales. La potestad que posee la Administración para imponer sanciones es, por tanto, un medio de protección general de los consumidores que deriva directamente de la obligación que los poderes públicos tienen de garantizar «la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos» (art. 51.1 CE).

Sin embargo, esta potestad, en lo que se refiere a la competencia de la Administración para imponer sanciones por la utilización de cláusulas abusivas, ha sido puesta en entredicho por las entidades afectadas y algún órgano jurisdiccional de ámbito autonómico<sup>20</sup>. Así, se ha alegado que la Administración carece de competencia para declarar una cláusula como abusiva, pues esa competencia corresponde a los órganos del orden jurisdiccional civil. Por otro lado, también se ha afirmado que la administración en el ejercicio de esta potestad, en ocasiones, no respeta los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad. Por último, también se ha cuestionado el carácter abstracto que debe poseer ese control administrativo.

### *2.1. Competencia de la Administración Pública para declarar una cláusula como abusiva*

En la mayoría de los casos resueltos por la jurisdicción contencioso-administrativa, las entidades han alegado la falta de competencia de la Administración Pública para declarar una cláusula como abusiva ya que son los órganos judiciales del orden civil los que, con carácter previo, deben calificar esas cláusulas como abusivas<sup>21</sup>. Frente a estas alegaciones la mayor parte de las resoluciones dictadas en el orden contencioso-

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, resulta de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía números 3615/2015 de 2 de junio de 2015 y 14455/2016 de 31 de marzo, cuya doctrina –ya adelante– ha sido revocada por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 1557/2017, de 16 de septiembre.

<sup>21</sup> STS núm. 1127/2017, de 27 de junio, Auto del Tribunal Supremo 12349/2017, de 13 noviembre, STSJ Andalucía núm. 54/2012 de 23 enero, STSJ Andalucía núm. 197/2017 de 16 febrero, STSJ País Vasco núm. 573/2016, de 28 diciembre 2016, SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 145/2016, de 30 de junio de 2016, S JCA Vitoria-Gasteiz núm. 110/2013, de 5 de junio de 2013, SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 8/2017, de 16 enero, SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 268/2016, de 28 diciembre, SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 231/2016, de 31 octubre, SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 145/2016, de 30 junio, SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 92/2016, de 2 mayo, SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 181/2016 de 1 septiembre, STSJ Madrid Sentencia núm. 190/2004 de 4 marzo, STSJ Madrid núm. 944/2006, de 6 de junio de, STSJ Madrid núm. 908/2008, de 19 de junio, STSJ Madrid núm. 2012/2009, de 13 de noviembre, STSJ Madrid núm. 1057/2010, de 30 septiembre, STSJ Madrid núm. 765/2013, de 30 de octubre, STSJ Madrid núm. 475/2014, de 23 junio, STSJ Castilla-La Mancha núm. 78/2001, de 28 de septiembre, STSJ de Castilla-La Mancha núm. 82/2001, de 2 de octubre, SJCA Oviedo núm. 00013/2015, de 28 enero.

administrativo han rechazado este motivo poniendo de manifiesto el hecho de que nos encontramos ante dos áreas del Derecho que persiguen finalidades distintas. Frente al Derecho civil, «que cubre los contratos, su interpretación y efectos de su incumplimiento, [d]el Derecho Administrativo, [que] se ocupa de la protección de derechos generales y comunes, [...] De ahí que las acciones que se derivan de una misma actuación unas tengan carácter reparador, por vía del Derecho Civil, y otras carácter sancionador, si no se han cumplido las exigencias de las normas administrativas aplicables a la cuestión» (STSJ de Madrid núm. 190/2004, de 4 de marzo)»<sup>22</sup>. De acuerdo con esta postura, tanto la Administración como los tribunales civiles tendrían competencia para calificar como abusiva una determinada cláusula. Si bien, la Administración a efectos sancionadores (revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa) y los tribunales civiles a efectos contractuales<sup>23</sup>. El título que habilitaría a la Administración para imponer sanciones vendría determinado, en el ámbito estatal, por el TRLGDCU y en el ámbito autonómico por el correspondiente estatuto y Ley de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

Sin embargo, en este contexto, también podemos encontrarnos con pronunciamientos judiciales que se apartan del planteamiento anterior. Tal es el caso de las sentencias del TSJ de Andalucía números 3615/2015, de 2 de junio, y 14455/2016, de 31 de marzo, que vienen a distinguir dos cuestiones. Por un lado, la competencia de la Administración Pública para imponer sanciones por la *utilización de cláusulas abusivas* con base en el entonces artículo 71.6.2º de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Consumidores y Usuarios de Andalucía, respecto de la cual no existe duda. Así, ante la constatación de la existencia de cláusulas abusivas, la Administración pública podrá sancionar y exigir el pago de la correspondiente multa.

La otra cuestión hace referencia a la competencia para calificar como abusiva una determinada cláusula cuando no existe en el ámbito civil resolución que dictamine la

<sup>22</sup> Los dos párrafos transcritos son recogidos como referencia en numerosas resoluciones de las consultadas. Esta sentencia resolvía el recurso interpuesto por la empresa CRUNOR SA a la que la Comunidad de Madrid sancionó por la comisión de una infracción descrita en el artículo 48.2 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los consumidores y usuarios de la Comunidad de Madrid como consecuencia de un retraso en la entrega de viviendas superior a los seis meses. En el mismo sentido la STSJ de Madrid núm. 944/2006, de 6 de junio, si bien en este caso los hechos constitutivos de la infracción no era sólo el retraso en la entrega de la vivienda sino también la entrega de viviendas con defectos constructivos y la formalización de los contratos en Escritura Pública con anterioridad a la obtención de la licencia de primera ocupación. Vid., también la STSJ de Madrid núm. 908/2008, de 19 de junio.

<sup>23</sup> REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y BUENO ARMIJO, Antonio María, «Comentario al Título IV: Potestad sancionadora, Capítulo II: Infracciones y sanciones», op. cit., p. 789.

abusividad de esa cláusula<sup>24</sup>. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, apoyándose en el artículo 86.ter.2d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>25</sup>, establecía que la calificación como abusiva de una determinada cláusula debía corresponder al orden civil «sin que la interpretación de los contratos y sus cláusulas pued[er]an encomendarse a la administración» (Fundamento Jurídico 3º de la STSJ de Andalucía 14455/2016, de 31 de marzo). Así, sólo una vez que los órganos jurisdiccionales del orden civil hubieran declarado abusiva una determinada cláusula, la administración podría sancionar a las empresas que utilizaran dichas cláusulas.

La sentencia del TSJ de Andalucía de 31 de marzo, en el párrafo anterior mencionada, fue recurrida por la Junta de Andalucía. El TS en su sentencia núm. 1557/2017, de 16 de septiembre, estimó el recurso y fijó como doctrina legal la no necesidad de declaración judicial civil previa para que la Administración pueda imponer sanciones por el uso de cláusulas abusivas. Así, señala en su fallo:

«La Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de los tipos infractores previstos en Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en relación con los artículos 82 y 85 a 90, sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil.»

Los argumentos para la adopción de esa solución eran fundamentalmente tres:

- Exigir la previa declaración de la jurisdicción civil «no sólo retrasa el ejercicio de la potestad sancionadora sino que lo impide» (Fundamento jurídico sexto).
- En segundo lugar, el tribunal recuerda que específicamente el TRLGDCU «no impone esa suerte de prejudicialidad civil» y destaca como «no parece que tenga sentido que la Ley estatal detalle qué ha de entenderse, en qué consiste, y qué tipos de cláusulas abusivas hay» si, ante una situación de este tipo, la Administración no puede ejercitar la correspondiente potestad sancionadora (Fundamento jurídico sexto).

<sup>24</sup> Al supuesto contemplado (inexistencia de resolución judicial que declare una cláusula como abusiva) habría que añadir, en mi opinión, otro: tampoco debe tratarse de una cláusula recogida en el listado de los artículos 85 a 90 del TRLGDCU, respecto de la cual no se plantearía problema alguno de legalidad.

<sup>25</sup> Artículo 86.ter.2d) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: [...] d) Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia». Actualmente el apartado d) dice: «Las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios».



- Añade, en último lugar, que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no sólo atribuye ese filtro a los órganos del orden civil sino a cualesquiera otras personas y organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección del consumidor (Fundamento jurídico séptimo), entre las que podría encontrarse la Administración.

Con esta argumentación el Tribunal Supremo no parece dar una respuesta completa a la cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ya que allí no se discute si la Administración dispone o no de competencia para interponer sanciones por el uso de cláusulas abusivas, pues dicha posibilidad se encuentra recogida en el artículo 49.1 i) del TRLGDCU, y en las sucesivas normas autonómicas, sino sobre el modo de ejercer esa competencia cuando falta el elemento típico de la abusividad, ya que la cláusula en cuestión no se encuentra entre los supuestos recogidos en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU, ni tampoco hay pronunciamiento judicial previo respecto de las mismas. De tal forma que habrá que valorar si el clausulado general del artículo 82 del TRLGDCU contiene elementos suficientes para que la Administración, realizando un control abstracto de una determinada cláusula, pueda calificarla de abusiva e imponer la correspondiente sanción. Es decir, la cuestión, en mi opinión, está en determinar si, bajo esas premisas, se respeta o no el principio de tipicidad que debe regir el ejercicio de la potestad sancionadora.

## 2.2 *El principio de legalidad y tipicidad en la calificación de cláusulas abusivas por parte de la Administración Pública*

El principio de tipicidad forma parte inescindible del principio de legalidad recogido en el artículo 25.1 de la Constitución española:

«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

El principio de legalidad en materia sancionadora comprende una doble garantía: de carácter formal y de carácter material<sup>26</sup>. De una parte, es necesario contar con una norma con rango de ley en el que estén tipificadas las conductas. Así, en esta materia

<sup>26</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo Tomo II*, Civitas Madrid, 2011, p. 181; VELASCO CABALLERO, FRANCISCO; RODRÍGUEZ CHAVES, Blanca y Díez SASTRE, Silvia, «Comentario al Título IV: Potestad sancionadora», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2015 (2ª), pp. 613 y 614. Vid., SSTC 42/1987, de 7 de abril; 81/2009, de 23 de marzo. En materia de Derecho de consumo, vid., ALENZA GARCÍA, José Francisco, «Título IV: Potestad sancionadora», op. cit., p. 390.

hay reserva de ley<sup>27</sup>. Por otro lado, estas normas deben describir con un grado suficiente de certeza las conductas ilícitas y la sanción que se impone.

Con base en lo anterior, el principio de tipicidad puede definirse como «la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa»<sup>28</sup>. Por lo tanto, en el ejercicio de su potestad sancionadora, la Administración tendrá que «realizar una operación de subsunción en cada supuesto e indicar caso por caso, cuál es la norma que tipifica la infracción realizada, por qué tales hechos constituyen esa infracción y por qué procede por su comisión la sanción que se impone»<sup>29</sup>.

De lo que se trata de valorar es si, a los efectos, el artículo 82 del TRLGDCU posee suficiente grado de certeza como para que la Administración pueda subsumir la cláusula objeto de examen en el supuesto de hecho descrito en este artículo, sin necesidad de contar con una declaración judicial de los órganos del orden civil con carácter previo, o disponer de una norma con rango legal que determine la abusividad de esa cláusula. Es decir, el artículo 82 debe definir con la mayor precisión y concreción posibles la conducta ilícita, de tal forma que «faciliten el conocimiento previo de las conductas ilícitas y sus consecuencias»<sup>30</sup>.

En este sentido inicialmente hubo alguna aportación que consideraba:

«dado que el principio de tipicidad exige que los empresarios conozcan con antelación la conducta infractora sancionable, hay que entender que es necesario que el carácter abusivo de la cláusula sea indubitado, lo que probablemente excluye que las exigencias del principio de tipicidad resulten satisfechas cuando la apreciación de abuso ha de ir precedida de un juicio de valor, que, en nuestro Ordenamiento, solo puede hacer un juez y no la Administración»<sup>31</sup>.

Si bien, tras la STS núm. 1557/2007, de 16 de septiembre, quien mantenía esta posición cambió de parecer considerando que «la abusividad, como concepto jurídico

<sup>27</sup> Esta reserva de ley, a diferencia de lo que sucede en Derecho Penal, no es una reserva de ley absoluta, sino que basta con dotar de cierta cobertura legal, de manera que sea la ley la que contenga la descripción de las conductas sancionables o cuantías pero con posibilidad de remitirse a la potestad reglamentaria.

<sup>28</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo Tomo II*, op. cit., p. 182.

<sup>29</sup> IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, «Comentario al Título IV: Potestad sancionadora, Capítulo I: Disposiciones generales», op. cit., p. 630.

<sup>30</sup> ALENZA GARCÍA, José Francisco, «Título IV: Potestad sancionadora», op. cit., p. 390.

<sup>31</sup> CORDERO LOBATO, Encarnación, «No cabe sanción administrativa por «introducción de cláusulas abusivas en los contratos» sin declaración judicial previa del carácter abusivo de la cláusula, Juzgado Contencioso-administrativo núm. 6 de Sevilla, Sentencia núm. 148/2017, de 24 de mayo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017 (22). Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1450> [Consulta: 24 febrero 2018], p. 194.

indeterminado definitorio de la infracción, es conforme con el principio de tipicidad que rige en Derecho sancionador»<sup>32</sup>.

En este sentido (a favor de entender que el artículo 82 contiene elementos suficientes para que la Administración pueda advertir la existencia de cláusulas abusivas), se han manifestado los Tribunales Superiores de Justicia de algunas Comunidades Autónomas<sup>33</sup>. Así contamos con el ejemplo de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha números 78/2001, de 28 de septiembre; y 82/2001, de 2 de octubre. Los hechos descritos en ambas resoluciones son muy similares. Las dos resoluciones recogen la sanción impuesta por la Delegación Provincial en Toledo de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla-La Mancha a dos salas de cine que poseían un cartel a la entrada del sitio que recogía la prohibición de entrar en el establecimiento con productos comprados en el exterior del local. Teniendo en cuenta que entonces resultaba de aplicación Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (de ahora en adelante LCU de 1984), la administración competente consideró que esa actuación vulneraba lo dispuesto en el artículo 10.1 c) que exigía que las cláusulas del contrato respetasen la buena fe y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 34.9 LCU de 1984<sup>34</sup>, impuso la correspondiente sanción de multa.

Las empresas sancionadas consideraron que la actuación de la Administración vulneraba el principio de legalidad recogido en el artículo 25.1 Constitución española. Uno de los argumentos en los que basaban su argumentación era la no aparición de la cláusula enjuiciada entre los supuestos recogidos en la Disposición adicional primera de la LCU de 1984 (disposición que recogía lo que a día de hoy se regula en los artículos 85 a 90 TRLGDCU), es decir, supuestos en los que se considera que una cláusula es siempre abusiva. De tal forma que, según las entidades, más allá de esos supuestos correspondía a los órganos judiciales la declaración de una cláusula como abusiva.

<sup>32</sup> CORDERO LOBATO, Encarnación, «Caben sanciones por cláusulas abusivas sin previa declaración judicial de abusividad (STS cont. núm. 1557/2017, de 16 septiembre 2017)», *Centro de Estudios de Consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha. Disponible en: [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Sanciones\\_por\\_clausulas\\_abusivas.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Sanciones_por_clausulas_abusivas.pdf) [Consulta: 24 febrero 2018], p. 2.

<sup>33</sup> También otros autores, vid., ALENZA GARCÍA, José Francisco, «Título IV: Potestad sancionadora», op. cit., p. 395, quien considera que el artículo 49.1 i) «no produce problema alguno de determinación de las conductas infractoras puesto que las cláusulas abusivas son definidas y reguladas en el propio TRLGDCU». Si bien este mismo autor destaca como, en general, las normas sancionadoras en materia de consumo no cumplen con el principio de legalidad debido a la indeterminación, vaguedad y amplitud de las normas que describen los diferentes tipos (pp. 399 y 400).

<sup>34</sup> Se considerará infracción: «En general, el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley y disposiciones que la desarrollen».

Sin embargo, el Tribunal sostuvo lo contrario y destacó cómo los preceptos contenidos en la LCU de 1984:

«responden a las exigencias de certeza y predeterminación normativa derivadas del principio de legalidad penal y sancionadora pues tipifican como conducta constitutiva de infracción administrativa la introducción de cláusulas abusivas en los contratos (art. 34.9) precepto cuya aplicación requiere de la determinación previa del concepto de cláusula abusiva [...] lo decisivo para la caracterización como tal de una cláusula de esa naturaleza es que la misma revista los presupuestos definidos por el concepto legal, un concepto legal que requiere obviamente de concreción en cada caso pero que incorpora los elementos materiales precisos para cumplir las exigencias de certeza y predeterminación derivadas del principio de legalidad, de modo que la interpretación administrativa o judicial de si una determinada cláusula es o no abusiva debe hacerse a la luz de dicha definición, sin que vulnere el principio de legalidad, y se convierte en una cuestión o problema de subsunción de la conducta en el seno del tipo, por lo que no contravendrá el principio de legalidad si se hace con una operación que no rebase los parámetros de racionalidad».

El tribunal también se refiere expresamente a la enumeración contenida en la Disposición adicional primera de la LCU de 1984 (que a día se correspondería con lo dispuesto en los artículos 85 a 90 TRLGDCU) señalando que recoge una lista meramente ejemplificativa, indicativa, no exhaustiva. La no aparición en ese listado no determina la exclusión de una cláusula de cara a declararla abusiva.

La pregunta que puede surgir tras la lectura de estos argumentos es precisamente si la Administración tiene competencia para llevar a cabo esa labor de interpretación, sin olvidar que, en el supuesto estudiado, la interpretación que debe realizarse versa sobre una determinada cláusula incorporada o no a una multitud de contratos utilizados por los empresarios. Se permite, así, que la Administración se pronuncie sobre cuestiones de carácter civil bajo el pretexto de la protección de los intereses generales de los consumidores y usuarios. En un supuesto cercano, el Tribunal Supremo había negado tal posibilidad. En su sentencia de 12 de febrero de 2002 anula parcialmente el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, de aprobación del Reglamento del Registro de Condiciones Generales de Contratación. Entre los preceptos anulados se encontraba el artículo 22 que concedía la posibilidad al Registrador de «dictaminar sobre la adecuación a la ley de las cláusulas controvertidas, pudiendo proponer una redacción alternativa a las mismas». En esa ocasión el Tribunal Supremo entendió que se invadían competencias estrictamente jurisdiccionales «pues sólo los jueces y tribunales ostentan la potestad de determinar el alcance o interpretación de las cláusulas controvertidas» (fundamento jurídico vigesimotercero).

Quizás estas son las razones que explican el porqué de que el legislador andaluz, apartándose de lo establecido por el Tribunal Supremo, haya modificado el artículo

71.6.2º de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía y donde antes se calificaba como infracción *la utilización de cláusulas abusivas*, ahora se considera infracción:

«Introducir en los contratos, en los contratos-tipo establecidos de forma unilateral o en las condiciones generales de contratación cláusulas abusivas de las previstas en los artículos 85 a 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, así como las declaradas como tales por sentencia judicial»<sup>35</sup>.

Es decir, de ahora en adelante el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración andaluza, en lo que a la utilización de cláusulas abusivas se refiere, queda a expensas de un precepto legal que se refiera a dicha cláusula en concreto o de una sentencia que declare esa cláusula como abusiva. Este planteamiento resulta coherente con la jurisprudencia andaluza citada más arriba.

Recopilando lo dicho hasta ahora, se puede señalar que, con carácter general, no se duda de que la Administración tenga potestad para imponer sanciones por la utilización de cláusulas abusivas, sino que existen ciertas discrepancias acerca de si tiene competencia para calificar como abusiva una cláusula que no ha sido declarada como tal por un juez, ni tampoco forma parte de los supuestos recogidos en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU. La Administración se vería así avocada a subsumir el supuesto de hecho en la fórmula general del artículo 82 del TRLGDCU, artículo que según unos pronunciamientos jurisprudenciales posee suficiente grado de certeza para cumplir con el principio de tipicidad que debe informar el ejercicio de la potestad sancionadora. Según otros pronunciamientos, esta operación de calificación, interpretación y delimitación del alcance de una determinada cláusula supone invadir una competencia estrictamente jurisdiccional. Las divergencias entre una Comunidad Autónoma y otra subsistirán, más aún con la nueva regulación del artículo 71.6.2º de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

<sup>35</sup> Este artículo fue modificado por la Disposición final ocho de la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda. En el Proyecto de ley la redacción que recibía este artículo era la siguiente: «Introducir cláusulas abusivas en los contratos, en los contratos-tipo establecidos de forma unilateral o en las condiciones generales de contratación» (BOPA, núm. 63, de 7 de septiembre de 2015, pp. 5 a 36). La redacción actual se debe a una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario socialista (enmienda número 25) tal y como consta en el BOPA, núm. núm. 139, de 30 de diciembre de 2015, pp. 3 a 33; enmienda que fue aprobada en fase de Ponencia en la sesión del día 19 de febrero de 2016 tal y como consta en el BOPA, núm. 184, de 9 de marzo de 2016, pp. 25 a 60.

### 3. EL CONTROL NO JUDICIAL EN EL REINO UNIDO

#### 3.1. *Consideraciones previas*

Antes de entrar a examinar los mecanismos de control no judiciales existentes en el ámbito inglés, es necesario realizar unas consideraciones previas acerca de la legislación aplicable en materia de protección de consumidores frente a la utilización de cláusulas abusivas.

La primera regulación existente en esta materia data del año 1977. La *Unfair Contract Terms Act* de 1977 trataba específicamente de un concreto tipo de cláusulas, las cláusulas de exención o limitación de responsabilidad, y recogía como contenido los principios que la jurisprudencia inglesa había elaborado como consecuencia de las discusiones surgidas a raíz de la vinculación de este tipo de cláusulas en la práctica<sup>36</sup>.

Hasta 1999, no podemos decir que existiera, como sí existía en España con la LCU de 1984, una regulación general en materia de cláusulas abusivas cuya finalidad primordial fuera la protección de los consumidores en esta área del Derecho. *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* (de ahora en adelante *Regulations 1999*), fue la normativa que, en su momento, acogía la regulación europea en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993<sup>37</sup>. *Regulations 1999*, siguiendo de manera muy fiel el contenido de la Directiva, venía a ser una copia prácticamente exacta del texto comunitario salvo en lo que se refiere a los mecanismos de control.

Hasta el año 2015, ambas regulaciones convivieron produciéndose, en lo que se refiere a las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, solapamientos que se resolvían en favor de la legislación específica, en este caso, la normativa en materia de protección de consumidores contenida en *Regulations 1999*. En el 2015 se aprueba la *Consumer Rights Act* que venía a compendiar el régimen de protección y reconocimiento de derechos de los consumidores en general<sup>38</sup>. La segunda parte de

<sup>36</sup> Sobre las notas que caracterizan la regulación de 1977, vid., BEALE, Hugh, «Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair terms in Consumer Contracts», en BEATSON, Jack y FRIEDMANN, Daniel, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Clarendon, Oxford, 1997, p. 234; CARTWRIGHT, John, *Contract Law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Hart Publishing, Oxford, 2016 (3 ed.), pp. 227 y 228; BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew y CARTWRIGHT, John, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2016 (30th edition), p. 29.

<sup>37</sup> Acerca del proceso de recepción de la Directiva vid., BEALE, Hugh, «Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair terms in Consumer Contracts», op. cit., pp. 237 y siguientes. Sobre las diferencias en el ámbito de aplicación entre la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 y *Regulations 1999*, vid., BEALE, Hugh, *Chitty of contracts*, Vol. 2, Sweet & Maxwell, 2015 (32nd edition), § 38-221.

<sup>38</sup> CARTWRIGHT, John, *Contract Law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, op. cit., pp. 230 y 231; BEALE, Hugh, *Chitty of contracts*, op. cit., § 38-337 a § 38-341.

esta ley recoge la regulación en materia de cláusulas abusivas aunando en un solo texto el contenido de *Regulations 1999* (que queda derogada) y el régimen de la *Unfair Contract Terms Act de 1977* de cara a su aplicación específica en contratos celebrados en consumidores<sup>39</sup>.

En realidad, el régimen de control de cláusulas abusivas se ha configurado todo el a raíz de la aplicación de *Regulations 1999*. *Consumer Rights Act 2015* no ha hecho más que recopilar todo el régimen desarrollado hasta entonces.

### 3.2. Órganos y competencias de control sobre el uso de cláusulas abusivas

#### 3.2.1. Office of Fair Trading

En el contexto del Reino Unido, cumple un papel fundamental en la aplicación de la normativa en materia de protección de consumidores el trabajo realizado por la *Office of Fair Trading* (de ahora en adelante, OFT), institución gubernamental sustituida en 2014 por la *Competition and Markets Authority*<sup>40</sup>, que ha asumido las competencias y las funciones que la OFT había llevado hasta entonces.

La OFT era un órgano autónomo, sin ánimo de lucro, no adscrito a ningún departamento, ni tampoco vinculado a un Ministerio concreto. Se trataba de una entidad independiente, reguladora del mercado, creada en 1973, que tenía como principal función la protección de los intereses de los consumidores a lo largo de todo el territorio del Reino Unido<sup>41</sup>.

El artículo 10 de *Regulations 1999* recogía la obligación de este órgano de resolver cualquier denuncia planteada por un consumidor, o de llevar a cabo por propia iniciativa la correspondiente investigación, frente a cualquier entidad pública o privada que pudiera estar utilizando cláusulas abusivas en los contratos. Si consideraba que, efectivamente, la cláusula objeto de denuncia no respetaba los parámetros contenidos en la norma, entonces podía dirigirse a la empresa solicitándole que cesara en el uso de

<sup>39</sup> A partir del año 2015, la *Unfair Contract Terms Act* de 1977, se aplicará únicamente a contratos celebrados entre profesionales.

<sup>40</sup> La creación de la *Competition and Markets Authority* es fruto de *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013* que tenía como objeto reforzar la competitividad en mercado y reforzar la protección de los consumidores. Desde el 1 de abril de 2014 este órgano independiente del Gobierno, ha asumido las funciones que hasta entonces llevaba a cabo la OFT, principalmente atender las diversas quejas planteadas por los consumidores u organizaciones representativas de este sector respecto del uso de cláusulas abusivas por parte de profesionales y empresarios, así como la adopción de medidas en este sentido. Además, ha continuado con la publicación de los boletines que ya inició en su momento la OFT sobre la actividad desarrollada por el organismo en relación a las cláusulas abusivas.

<sup>41</sup> Información disponible en la página ya archivada de la, entonces, OFT: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20120704115949/http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/?jsessionid=001BAEE74F187FFEB08520C22F6DD6E1?screen=1024> [Consulta: 15 marzo 2018].

la cláusula. Para ello, la OFT debía motivar de manera razonable porqué consideraba que una cláusula no cumplía con los requisitos de redacción clara y comprensible, o justo equilibrio entre las prestaciones. La empresa podía obviar esa petición lo que podría desembocar en el inicio de un procedimiento judicial<sup>42</sup>, en el cual la OFT solicitaba se condenase a la empresa a que cesara en el uso de dichas cláusulas.

Esto justifica que muchos de los procedimientos resueltos ante los tribunales y de los que ha podido conocer el Supremo inglés tenga como parte demandante a la OFT<sup>43</sup>. Sin embargo, hay que reconocer que muchas de las cuestiones se resuelven vía negociación entre este organismo y la entidad<sup>44</sup>.

En todo caso, estos mecanismos persiguen la protección de los intereses generales de los consumidores y usuarios, pero no los particulares de un consumidor en concreto. Así no cabía, ni tampoco se admite actualmente, que la OFT asumiera la defensa individual de un consumidor o proporcionase consejo o ayuda en el contexto de una disputa particular<sup>45</sup>. El consumidor, al igual que sucede en el Derecho español, siempre tiene la posibilidad de plantear una demanda en el correspondiente juicio ante el juzgado de primera instancia correspondiente (*county court*), solicitando la declaración de nulidad de esa cláusula y la correspondiente exclusión de la misma del contrato<sup>46</sup>.

### 3.2.2. Enterprise Act 2002

Las competencias y posibilidades de actuación de la OFT<sup>47</sup> fueron ampliadas con la aprobación de la *Enterprise Act* de 2002<sup>48</sup>. En concreto, esta ley refuerza la posibilidad de la que ya disponía la OFT de obtener una orden judicial de cese por parte de la empresa respecto de aquellas actuaciones que pudieran constituir una infracción de la normativa en materia de protección de los consumidores. El capítulo 8 de esta ley

<sup>42</sup> W.C.H. ERVINE, «The unfair terms in consumer contracts regulations in the courts», *Scots Law Times*, 2004, 21, p. 131.

<sup>43</sup> Director General of Fair Trading v First National Bank Plc [2001] UKHL 52; [2002] 1 A.C. 481 (HL); Director General of Fair Trading v First National Bank Plc [2000] Q.B. 672 (CA (Civ Div)); The Office of Fair Trading v Abbey National plc & Others [2009] UKSC 6.

<sup>44</sup> BRIGHT, Susan, «Winning the battle against unfair contract terms», *Legal Studies (the Journal of the Society of Legal Scholars)*, Vol 20, No 3, September 2000, p. 334.

<sup>45</sup> Información disponible en la página web que el Gobierno británico archivó el 31 de marzo de 2014 pero que todavía se puede consultar en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140403070237/http://www.ofg.gov.uk/business-advice/unfairterms/guidance/enforcement/> [Consulta realizada el 12 de diciembre de 2017].

<sup>46</sup> La no vinculación de una cláusula que incumple los parámetros de redacción clara y comprensible, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones se recogía en el artículo 8 de *Regulations 1999*. Actualmente se encuentra recogido en el artículo 62 de la *Consumer Rights Act 2015*.

<sup>47</sup> A partir de ahora, dónde se dice OFT entiéndase también hecha la referencia a la CMA.

<sup>48</sup> Esta ley tenía por objeto la regulación de la defensa de la competencia en el mercado inglés a todos los niveles. Entró en vigor en el año 2003.



recoge no sólo las medidas que pueden ejercer las distintas entidades reguladoras habilitadas al efecto, entre ellas la OFT (a día de hoy la *Competition and Markets Authority*), sino también el procedimiento que, con carácter general, debe seguirse cuando se advierta un incumplimiento de la normativa en materia de protección de consumidores.

Así como vemos en el Diagrama<sup>49</sup> recogido en el Anexo 2, una vez que se detecta un posible incumplimiento de la normativa en materia de cláusulas abusivas, la OFT iniciará un procedimiento de consultas y conversaciones con la entidad de cara a conseguir que esta voluntariamente cese en la utilización de las cláusulas afectadas, bien eliminándolas del contrato, bien modificando su redacción de manera que se adecúen a los parámetros de comprensibilidad y transparencia. Esta fase tendrá una duración máxima de 14 días naturales (art. 214 *Enterprise Act 2002*). Si transcurrido este período la entidad no aceptara las indicaciones propuestas, la OFT podrá dirigirse a los tribunales para la obtención de la correspondiente orden en virtud de la cual se condena a la empresa a cesar en el uso de esa cláusula<sup>50</sup>. La empresa siempre podrá recurrir esa decisión ante los Tribunales.

En todo caso, cualquier entidad reguladora que inicie un procedimiento contra una determinada empresa deberá respetar los siguientes principios en el ejercicio de su actividad<sup>51</sup>:

- La actuación que las entidades llevan a cabo debe ser necesaria y proporcionada. Se trata de hacer frente a un incumplimiento grave, o al menos relevante de la normativa en materia de protección de los consumidores.
- El ejercicio de cualquier acción judicial tiene carácter subsidiario. La OFT<sup>52</sup> sólo podrá dirigirse a los tribunales cuando el procedimiento de consulta previo haya resultado fallido.

<sup>49</sup> Office of Fair Trading, *Enforcement of Consumer Protection Legislation: Guidance on Part 8 of the Enterprise Act*, June 2003, p. 19. Disponible en: [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165858/http://oft.gov.uk/shared\\_oft/business\\_leaflets/enterprise\\_act/oft512.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165858/http://oft.gov.uk/shared_oft/business_leaflets/enterprise_act/oft512.pdf) [Descarga: 15 marzo 2018].

<sup>50</sup> COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *Unfair contract terms guidance: Guidance on the unfair terms provisions in the Consumer Rights Act 2015*, 31 July 2015 (CMA 37), p. 134. Disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/450440/Unfair\\_Terms\\_Main\\_Guidance.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/450440/Unfair_Terms_Main_Guidance.pdf) [Descarga: 27 julio 2017].

<sup>51</sup> Office of Fair Trading, *Enforcement of Consumer Protection Legislation: Guidance on Part 8 of the Enterprise Act*, op. cit., pp. 5 y 6.

<sup>52</sup> Donde se señale 'OFT' debe entenderse en la actualidad 'CMA' (Competition and Markets Authority) que es la entidad reguladora que ha asumido las competencias de la OFT.

- Todos los procedimientos llevados a cabo por la OFT son públicos y la información respecto del estado de cada uno de ellos se encuentra disponible en la página web de la entidad. En todo caso se exige que la información sea correcta y dar una imagen adecuada de la empresa involucrada. Probablemente, esta medida, consistente en dar a conocer al público en general los procesos existentes, es una de las medidas más eficaces ya que hacen quebrar la fiabilidad de la empresa.

La *Enterprise Act de 2002* también habilita a la OFT y al resto de entidades a requerir a las empresas cualquier información que se necesite a los efectos oportunos (artículos 224 y siguientes)<sup>53</sup>. Esta información permite identificar si las cláusulas que utilizan cumplen o no con los parámetros exigidos legalmente<sup>54</sup>. Si efectivamente, se comprobara que no son acordes con la normativa en materia de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, podrá iniciar el procedimiento descrito en los párrafos anteriores<sup>55</sup>.

### 3.3. *Efectos derivados de este mecanismo de control*

Este mecanismo de control administrativo que hemos relatado hasta ahora, como tal no estaba previsto específicamente en la Directiva 93/13/CEE, pero ha resultado ser muy eficaz, y no sólo en la prevención del uso de cláusulas que pueden ser abusivas en general, sino que también resulta ventajoso al consumidor para quien resulta mucho menos costoso de lo que supondría el planteamiento de una demanda contra la entidad<sup>56</sup>.

Si bien no se recogía expresamente en la Directiva, la previsión acerca de la existencia de estos órganos puede entenderse implícita en el artículo 7 de la Directiva, del que transcribo únicamente sus apartados 1 y 2:

<sup>53</sup> Además, en ese ámbito resultan claves otras disposiciones en el ámbito de la protección de los consumidores, tales como los deberes de información precontractual previstos en *Regulations 2013* y que las cláusulas de las que no se haya informado al consumidor incumpliendo los deberes de información, no vincularán al consumidor. De la misma forma también resulta aplicable la normativa en materia de prácticas comerciales desleales. Vid., COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, Unfair contract terms guidance: Guidance on the unfair terms provisions in the Consumer Rights Act 2015*, op. cit., pp. 138 y 139.

<sup>54</sup> Así por ejemplo, en octubre de 2017 la CMA abrió una investigación ante la sospecha que representaba una entidad online de gestión de datos personales por tratamiento inadecuado en relación a la gestión de la privacidad y uso de los datos. También plantean dudas otras cuestiones como la adhesión, cancelación y modificación de determinadas cláusulas del contrato. Información disponible en: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-dating-services>

<sup>55</sup> COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *Unfair contract terms guidance: Guidance on the unfair terms provisions in the Consumer Rights Act 2015*, op. cit., p. 135.

<sup>56</sup> BRIGHT S., «Winning the battle against unfair contract terms», op.cit., p. 333.

1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.
2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán 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.

El primer efecto que trae consigo la existencia de este procedimiento es que son muy pocas las cuestiones que llegan a los tribunales, y las escasas demandas planteadas tienen relación con contratos que, o bien son muy poco comunes, o bien son contratos que tienen por objeto una inversión bastante elevada, que, en todo caso, nada tienen que ver con la actividad diaria de un consumidor medio<sup>57</sup>. A los tribunales apenas llegan transacciones de tipo ordinario, comunes entre los consumidores como puede ser la compra de un billete de avión, la contratación de un servicio de telefonía o un contrato de financiación para la adquisición de un servicio o incluso contratos de préstamo garantizados con hipoteca. Y todo ello se debe principalmente a ese otro

<sup>57</sup> En *Standard Bank London Ltd v Apostolakis* [2001] EWHC 493 (Comm) (09 February 2001), se discute la validez de una cláusula de jurisdicción exclusiva en virtud de la cual los clientes únicamente tenían posibilidad de demandar a la entidad en territorio inglés mientras que el banco podía hacerlo en cualquier territorio en el que hubiese bienes de los que fueran titulares los clientes. El contrato que incluía dicha cláusula era un contrato de inversión bastante elevado relacionado con el comercio de divisas, celebrado entre el banco inglés y una pareja residente de Grecia. En *Picardi v Cuniberti* [2002] EWHC 2923 (19 December 2002), el caso es muy similar al anterior, surge a raíz de la demanda presentada por una firma de arquitectos que llevaron a cabo la reforma de una determinada vivienda residencial contra sus titulares por el impago del coste que en total podía ascender a 58.000 £ aproximadamente. La cuestión versa sobre la admisibilidad o no de una cláusula (*adjudication clause*) que, en caso de conflicto, exigía al cliente, de manera obligatoria, acudir al procedimiento de resolución recogido en *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*, que con carácter general no resultaba de aplicación a viviendas residenciales; procedimiento que, por otro lado conlleva un coste bastante elevado para el cliente-consumidor. Muy similar *Lovell Projects Ltd v Legg* [2003] BLR 452 (July 2003). Por último, destacar el caso *ParkingEye Limited v Beavis* [2015] UKSC 67 (4 November 2015), en el que la cuestión tratada era radicalmente distinta a la de los casos anteriores. El 15 de abril de 2013, Mr Beavis aparcó su moto en Parkingye. De acuerdo con los carteles informativos distribuidos a lo largo del aparcamiento, el periodo máximo de estacionamiento era de 2 horas, si bien el estacionamiento durante estas dos horas era gratuito. En caso de sobrepasar el límite establecido el conductor debía hacer frente al pago de una cantidad de 85£ en concepto de penalización. Mr Beavis sobrepasó el límite, el tiempo durante el cual estuvo aparcado (fue de 2 horas 56 minutos). La empresa reclamó las 85£ al conductor quien se negó a abonar dicha cantidad ya que consideraba que esta cláusula era contraria a la regulación en materia de cláusulas abusivas.

mecanismo de control que ya preveía la regulación de 1999<sup>58</sup>. La actuación de la OFT ha supuesto, por ejemplo, en el caso de los préstamos hipotecarios un ahorro de cerca de 65 millones de libras para los consumidores, resultado de la supresión de determinados recargos que fueron considerados abusivos. Esta cifra asciende cuando nos situamos en el ámbito de los contratos de telefonía móvil<sup>59</sup>.

Por lo demás, las cuestiones resueltas por la hasta 2014, *Office of Fair Trading*, hacen referencia a todo tipo de sectores y servicios de los que disfrutaban los consumidores. Así un ejemplo, fruto de la iniciativa de la OFT, es el relativo a las entidades suministradoras de gas. Como resultado de ciertas investigaciones realizadas, la OFT puso de manifiesto su preocupación acerca de la falta de claridad que mostraban algunas cláusulas recogidas en este tipo de contratos relacionadas con la variación e incremento de los precios, así como los derechos de los consumidores a dar por terminado el contrato. La OFT exigía se explicase a los consumidores de manera más detallada la razón del aumento en el precio del servicio, así como las consecuencias asociadas a la cancelación anticipada del servicio. La mayor parte de las entidades implicadas en el asunto realizaron de manera voluntaria los cambios propuestos<sup>60</sup>.

En el caso MP-G&c/0004, de 10 de septiembre de 2013, la OFT llevó a cabo una investigación externa que implicaban a varios gimnasios y *fitness clubs*, ya que consideraba que algunas compañías obligaban a la permanencia del socio durante un determinado periodo de tiempo sin dar la posibilidad de, ante un cambio de circunstancias, dar por terminado el contrato. Muchas de estas compañías procedieron de manera voluntaria a la modificación de los términos del contrato.

Otros son resultado de las quejas planteadas por los consumidores. Así, en el caso CRE-E/28985, de 1 de febrero de 2014, la OFT trata de responder a las quejas planteadas por la Unión Nacional de Estudiantes que solicitaban se revisaran determinadas condiciones del contrato en virtud de las cuales a un alumno se le impedía graduarse o matricularse en el curso siguiente si tenía deudas pendientes del año anterior. Ahora bien, se trataba de deudas que eran resultado de actividades totalmente extracadémicas tales como el impago del alojamiento<sup>61</sup>.

Por otro lado, la actuación de la OFT ha tenido otras consecuencias positivas que traen causa del boletín que la OFT emitía anualmente en el que se recogía un resumen de

<sup>58</sup> W.C.H. ERVINE, *The unfair terms in consumer contracts regulations in the courts*, op. cit., p. 130.

<sup>59</sup> W.C.H. ERVINE, *The unfair terms in consumer contracts regulations in the courts*, op. cit., p. 131.

<sup>60</sup> Referencia del caso: MP-SIP18-21, MP-SIP23 de 1 de marzo de 2012. Información disponible en: <https://www.gov.uk/cma-cases/domestic-bulk-lpg-suppliers-unfair-contract-terms>.

<sup>61</sup> Información disponible en: <https://www.gov.uk/cma-cases/fairness-of-universities-terms-and-conditions-for-students>.

todos los procedimientos llevados a cabo, las consultas realizadas por los consumidores, listados con ejemplos de cláusulas que potencialmente podía resultar abusivas, así como los criterios utilizados por la OFT para considerar una cláusula abusiva, y aquellos otros que permitían concluir que una estipulación del contrato no cumplía con los parámetros de redacción clara y comprensible<sup>62</sup>. Muchos de estos ejemplos, criterios y pautas de interpretación fueron unificados en un solo documento publicado en septiembre de 2008 que ha constituido, durante mucho tiempo, la guía básica en materia de cláusulas abusivas en contratos con consumidores<sup>63</sup>. A día de hoy, esta guía ha sido sustituida por otra más reciente publicada por la CMA en julio de 2015 que actualiza toda esta materia incorporando también los casos más recientes<sup>64</sup>.

Así, tanto los jueces y tribunales como la doctrina especializada en el tema han tenido muy en cuenta los criterios que la OFT considera necesarios para apreciar si una determinada cláusula lleva consigo o no un desequilibrio. Traslado gran parte de esos criterios, a la hora de declarar una cláusula como abusiva y, de acuerdo con las recomendaciones de la OFT, primero se atiende a la cláusula considerada individualmente para determinar si causa un desequilibrio y si es así, entonces se calificará de potencialmente abusiva ya que habrá que estar al resto de las cláusulas del contrato para adoptar una decisión definitiva. Una cláusula, que *a priori* causa un desequilibrio, puede ser contrarrestada en el contrato por otra cláusula que atribuye otras ventajas al consumidor. Para apreciar si hay un desequilibrio hay que entender que una cláusula no concede derechos excesivos para el empresario ni tampoco restringe excesivamente los del consumidor, criterio que venía destacando una y otra vez la OFT<sup>65</sup>. De manera similar sucede con el requisito de redacción clara y comprensible, la OFT dispuso las características que una cláusula debe poseer para que se considere que ha cumplido con este requisito<sup>66</sup>.

Así, puede decirse que el sistema de control por parte de las entidades reguladoras del mercado en el Reino Unido ha resultado ser el control base sobre el que gira el sistema de protección de los consumidores frente a la utilización de cláusulas abusivas.

<sup>62</sup> BEALE, Hugh, *Chitty of contracts*, op. cit., § 38-258 a § 38-260.

<sup>63</sup> OFFICE OF FAIR TRADING, *Guidance for the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, September de 1998 (OFT 311).

<sup>64</sup> COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *Unfair contract terms guidance: Guidance on the unfair terms provisions in the Consumer Rights Act 2015*, 31 July 2015 (CMA 37), op. cit.

<sup>65</sup> Office of Fair Trading, *Unfair Contract Terms*, 2008 (OFT 311), § 6.1.1. Vid., BEALE, *Chitty of contracts*, op. cit., § 38-255 a 38-259.

<sup>66</sup> BEALE, *Chitty of contracts*, op. cit., § 38-318 a 38-319.

#### 4. CONCLUSIONES: EL CONTROL ADMINISTRATIVO PREVENTIVO EN ESPAÑA

La clave en el sistema inglés se encuentra, precisamente, en el carácter preventivo que reviste el control ejercido por la OFT (ahora CMA) que carece de toda potestad sancionatoria, pero a la que la ley le ha dotado de competencia para recabar información y responder a las quejas planteadas por los consumidores cuando se sospecha de la posible utilización de cláusulas abusivas. Se trata, como queda dicho, de un control preventivo, en virtud del cual, a través de un procedimiento de sucesivas consultas, la entidad reguladora del mercado trata de lograr que la empresa cese en el uso de cláusulas abusivas. Si la empresa no accede a esa petición, entonces la entidad podrá recabar una orden judicial de cesación. La práctica ha demostrado que no son muchos los casos que llegan a los tribunales, resolviéndose la cuestión en los estadios anteriores.

Además, es un órgano de ámbito nacional, lo que facilita la gestión y tramitación de quejas, y permite dotar al sistema inglés de cierta seguridad y unidad de criterios. De hecho, la bibliografía en este contexto es bastante mayor que la existente en nuestro país.

Así, en España, puede resultar adecuado reforzar las medidas que existen –o que podrían existir– en el campo del Derecho administrativo que permitan el ejercicio de un control más preventivo que sancionador. Esta propuesta puede llevarse a cabo de tres maneras totalmente distintas.

La primera consiste en destacar la existencia de algún organismo autónomo o autoridad administrativa independiente que, por la misión que tiene encomendada, pudiera asumir competencias similares a las que ejercita el órgano inglés. En este sentido destaca el Instituto Nacional de Consumo que, desde 2014, se encuentra integrada en la Agencia española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (en adelante, AECOSAN)<sup>67</sup>. De la misma forma que dispone de un sistema de alertas sobre los posibles riesgos que presentan determinados productos o alimentos, se podría arbitrar un sistema que de publicidad a situaciones en las que las entidades estén utilizando modelos de condiciones generales que no se ajusten a los requisitos legales. AECOSAN podría tener conocimiento de esta situación, bien como resultado de las investigaciones realizadas, o bien como consecuencia de la reclamación planteada por algún consumidor. Es cierto que no sólo AECOSAN sino cada uno de los servicios de las

<sup>67</sup> Vid., Real Decreto 19/2014, de 17 de enero, por el que se refunden los organismos autónomos Instituto Nacional del Consumo y Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición en un nuevo organismo autónomo denominado Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición y se aprueba su estatuto.

Administraciones de consumo de las Comunidades Autónomas puede advertir la existencia de posibles cláusulas abusivas. En este sentido, sería clave el establecimiento de pautas y canales de actuación que faciliten la comunicación entre los distintos órganos. Tras advertir del posible riesgo, AECOSAN o el servicio de la administración correspondiente, lo pondría en conocimiento de la entidad de cara a su posible eliminación o corrección en el contrato. La comunicación realizada a la entidad iría acompañada de la puesta en conocimiento de la infracción en la que, en su caso, podía incurrir o bien el posible planteamiento de una acción judicial dirigida a la cesación en la conducta realizada, ex artículos 54.1 a) TRLGDCU y 4 s) del Real Decreto 19/2014, de 17 de enero, de creación de la AECOSAN, que expresamente destaca como función de este organismo: «la preparación de acciones judiciales en defensa de los intereses generales de los consumidores, según lo previsto en la legislación vigente».

En otro orden de asuntos, AECOSAN tiene atribuidas competencias de coordinación y establecimiento de criterios comunes que deberían regir en la actuación de las administraciones de consumo competentes en cada Comunidad Autónoma, lo que podría favorecer cierta unidad de criterios [art. 4 a) y r) del Real Decreto 19/2014, de 17 de enero, de creación de la AECOSAN].

La segunda propuesta es algo más hipotética, ya que requiere de la intervención de las Cortes, el acuerdo y coordinación entre todas las Comunidades Autónomas y dotación financiera. Esta segunda posibilidad consiste en crear un órgano de ámbito nacional independiente –ya sea bajo la forma de organismo autónomo previsto en el artículo 98 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del sector público (en adelante, LSP) o bien a través de una autoridad administrativa independiente en el ámbito estatal (arts. 109 y 110 LSP)<sup>68</sup>–, similar al inglés, que carezca de facultades propiamente sancionatorias pero cuya actuación tenga un efecto propiamente disuasorio consistente, principalmente, en la advertencia a las entidades de que están utilizando cláusulas abusivas y el requerimiento para el cese en el uso de las mismas.

<sup>68</sup> Las autoridades administrativas independientes son «entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango legal». Este tipo de entidades, se rigen por lo dispuesto en su ley de creación, sus estatutos, así como la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión e intervención (art. 110.1 LSP). «Son organismos a los que el ordenamiento ha colocado en una situación de relativa independencia respecto del gobierno, ha atribuido potestades de todo tipo (normativas, sancionadoras, autorizaciones, etc.) y les ha encargado la función de protección de determinados derechos fundamentales o de regulación de sectores económicos». Vid., VÍRGALA FORURIA, Eduardo, «Las Autoridades administrativas independientes en España: su regulación jurídica», disponible en: <http://academia.edu> [fecha de consulta: 14/04/2018]. Trabajo inicialmente publicado en Chirulli, P. y Miccù, R., *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 289-318.

Un ejemplo de este tipo de autoridades administrativas independientes es la Agencia Española de Protección de Datos creada al amparo de la Ley orgánica 15/1999, de 18 de diciembre, de Protección de Datos<sup>69</sup>. La AEPD dispone de la máxima independencia<sup>70</sup>. Así, entre otros aspectos, posee potestad sancionadora propia y sus decisiones agotan la vía administrativa siendo competentes para conocer de los posibles recursos interpuestos frente a sus resoluciones los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Entre sus múltiples funciones, y por lo que ahora interesa, se prevé la posibilidad de que la AEPD se dirija a los «responsables y encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y cancelación de ficheros cuando no se ajuste a sus disposiciones»; sin necesidad de llegar, por tanto, a la imposición de una determinada sanción. Todos los expedientes tramitados por la AEPD son públicos y están disponibles en el correspondiente sitio web.

Sin embargo, esta segunda propuesta requiere de una inversión económica que podría dirigirse a reforzar estos servicios en órganos ya existentes como AECOSAN. Por otro lado, su creación podría considerarse excesiva ya que la función primordial de ese órgano sería, únicamente, la supervisión de los modelos contractuales lo que constituye sólo una faceta de todo lo que puede llegar a abarcar el régimen de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

En tercer lugar, existe la posibilidad de que sea la propia Administración Pública la que ejercite un control de carácter preventivo. Es decir, que sean los propios servicios de las administraciones de consumo quienes adviertan a la empresa de la utilización de cláusulas abusivas y de las posibles consecuencias que puede llevar consigo. Antes de imponer la sanción, se ofrece a la entidad la posibilidad de proceder a su corrección.

Por ejemplo, esta facultad está muy extendida en la práctica en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Expresamente, esta posibilidad se encuentra recogida en el artículo 43.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales<sup>71</sup>:

<sup>69</sup> También existen otras entidades como son Consejo de Seguridad Nuclear (CSN) o Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

<sup>70</sup> El artículo 35.1 de la LOPD establece: «la Agencia de Protección de Datos es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones...». A su vez, el artículo 36.2 LOPD que regula las funciones del Director de la Agencia, señala: «ejercerá sus funciones con plena independencia y objetividad y no estará sujeto a instrucción alguna en el desempeño de aquéllas».

<sup>71</sup> El apartado 2 del artículo 43 recoge las condiciones en las que debe procederse a ese requerimiento: «se hará saber por escrito al empresario presuntamente responsable señalando las anomalías o



«Cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social comprobare la existencia de una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, requerirá al empresario para la subsanación de las deficiencias observadas, salvo que por la gravedad e inminencia de los riesgos procediese acordar la paralización prevista en el artículo 44. Todo ello sin perjuicio de la propuesta de sanción correspondiente, en su caso».

Este requerimiento se lleva a cabo ante un incumplimiento normativo «desvinculándose» de las consecuencias que el mismo haya podido producir<sup>72</sup>. Además muchas Comunidades Autónomas ya han previsto esta facultad en sus respectivas normativas de protección de consumidores regulando el llamado requerimiento de subsanación<sup>73</sup>.

En mi opinión, este sistema preventivo, que se busca potenciar a través de las distintas propuestas presentadas, garantiza una mayor eficacia. Por un lado, «la experiencia enseña que en determinadas infracciones una advertencia -acompañada de una ilustración sobre su conducta futura- es mucho más eficaz que la sanción misma»<sup>74</sup>. Las posibles consecuencias futuras no sólo se reducen a la sanción, sino que también cabe la posibilidad de que se plantee una acción judicial de cesación tal y como recoge el artículo 54.1 del TRLGDCU<sup>75</sup>.

---

deficiencias apreciadas con indicación del plazo para su subsanación. Dicho requerimiento se pondrá, asimismo, en conocimiento de los Delegados de Prevención. Si se incumpliera el requerimiento formulado, persistiendo los hechos infractores, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, de no haberlo efectuado inicialmente, levantará la correspondiente acta de infracción por tales hechos».

<sup>72</sup> RODRÍGUEZ, GARBAYO, Jesús, «El requerimiento de la inspección de trabajo en materia de prevención de riesgos laborales (art. 43 LPRL)», *Revista Doctrinal Aranzadi-Social*, num.17/2011 (Estudio), p. 101. Si bien se han planteado algunos problemas relativos a la impugnabilidad del requerimiento.

<sup>73</sup> Así, por ejemplo, el artículo 66 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía establece: «1. Cuando se observe un incumplimiento de leyes o reglamentos que afecten a los intereses de los consumidores pero que no genere riesgos inaceptables a que se refieren los artículos 59 y 60 de esta Ley, la Administración podrá inicialmente advertir al transgresor de la situación ilegal y de su obligación de cesar en la conducta y requerirle para que subsane los defectos detectados. 2. Estas advertencias y los consecuentes requerimientos los podrán realizar los órganos competentes en materia de defensa del consumidor y los inspectores de consumo sin más requisito que dejar constancia escrita de su contenido y de la fecha en que se pone conocimiento del sujeto afectado. A estos efectos, bastará la entrega de copia del acta de inspección en la que consten». El artículo 94.2 g) de Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón considera circunstancia agravante a efectos de graduar una posible sanción: «el incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos formulados por la Administración para la subsanación de las irregularidades detectadas». El artículo 322.2.1 f) entre las facultades del personal inspector recoge la posibilidad de «advertir a las personas inspeccionadas de las irregularidades detectadas y requerirles que las enmienden y se adecúen a la normativa».

<sup>74</sup> En este sentido NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 32 y 33.

<sup>75</sup> Artículo 54.1 del TRLGDCU: «Frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados, estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación: a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los

Por otro lado, la protección alcanza a un mayor número de consumidores. Son muchos los consumidores y usuarios que se verían beneficiados de la exclusión de determinadas cláusulas que podrían resultarles perjudiciales si contrataran con esa empresa. Se evitan pleitos futuros con el correspondiente ahorro económico. Queda a salvo siempre la vía directa por la que un consumidor que ya ha contratado con esa entidad se dirija a los tribunales para solicitar la nulidad de esa cláusula.

En tercer lugar, podría flexibilizar las consecuencias que lleva consigo la falta de previsión específica sobre algunas cláusulas abusivas. Es decir, como ya se ha señalado, los problemas de tipicidad se plantean especialmente con aquellas cláusulas que no han sido consideradas abusivas por un juez, ni tampoco se encuentran recogidas en los supuestos de los artículos 85 a 90 del TRLGDCU. Independientemente de la pregunta acerca de la competencia de la Administración para interpretar una materia que es estrictamente contractual y, por lo tanto, de Derecho Privado, en estos casos de cláusulas no definidas como abusivas, los empresarios carecen de la posibilidad de conocer con suficiente antelación si su conducta constituye o no una infracción. La previa advertencia por parte de la Administración, puede aliviar este desconocimiento que genera una gran inseguridad jurídica.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALENZA GARCÍA, José Francisco, «Título IV: Potestad sancionadora» en CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *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.

BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew y CARTWRIGHT, John, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2016 (30th edition).

BEALE, Hugh, *Chitty of contracts*, Vol. 2, Sweet & Maxwell, 2015 (32nd edition).

---

consumidores y usuarios. b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios. c) El Ministerio Fiscal. d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas». Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción».

— «Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair terms in Consumer Contracts», en BEATSON, Jack y FRIEDMANN, Daniel, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Clarendon, Oxford, 1997.

BRIGHT, Susan, «Winning the battle against unfair contract terms», *Legal Studies (the Journal of the Society of Legal Scholars)*, Vol 20, No 3, September 2000, pp. 331-352.

CARTWRIGHT, John, *Contract Law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Hart Publishing, Oxford, 2016 (3 ed.).

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *Unfair contract terms guidance: Guidance on the unfair terms provisions in the Consumer Rights Act 2015*, 31 July 2015 (CMA 37). Disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/450440/Unfair\\_Terms\\_Main\\_Guidance.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/450440/Unfair_Terms_Main_Guidance.pdf) [Descarga: 27 julio 2017].

CORDERO LOBATO, Encarnación, «No cabe sanción administrativa por “introducción de cláusulas abusivas en los contratos” sin declaración judicial previa del carácter abusivo de la cláusula, Juzgado Contencioso-administrativo núm. 6 de Sevilla, Sentencia núm. 148/2017, de 24 de mayo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2017 (22), pp. 192-194. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1450> [Consulta: 24 febrero 2018].

— «Cabén sanciones por cláusulas abusivas sin previa declaración judicial de abusividad (STS cont. núm. 1557/2017, de 16 septiembre 2017)», *Centro de Estudios de Consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha. Disponible en: [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Sanciones\\_por\\_clausulas\\_abusivas.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Sanciones_por_clausulas_abusivas.pdf) [Consulta: 24 febrero 2018].

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo Tomo II*, Civitas Madrid, 2011.

GENERALITAT DE CATALUNYA, AGÈNCIA CATALANA DEL CONSUM, *Balanç d'actuacions de l'Agència catalana del Consum a la demarcació de Catalunya Central 2017*, Manresa, 3 de maig de 2018, disponible en: <http://consum.gencat.cat/ca/detalls/noticia/Balanc-2017-a-la-Catalunya-Central> [Consulta: 14 junio 2018].

IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, «Comentario al Título IV: Potestad sancionadora, Capítulo I: Disposiciones generales» en REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (directores), *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011.

OFFICE OF FAIR TRADING, *Enforcement of Consumer Protection Legislation: Guidance on Part 8 of the Enterprise Act*, June 2003. Disponible en: [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/0140402165858/http://oft.gov.uk/shared\\_oft/business\\_leaflets/enterprise\\_act/oft512.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/0140402165858/http://oft.gov.uk/shared_oft/business_leaflets/enterprise_act/oft512.pdf) [Descarga: 15 marzo 2018].

— *Guidance for the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, September de 1998 (OFT 311).

— *Unfair Contract Terms*, 2008 (OFT 311)

REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y BUENO ARMIJO, Antonio María, «Comentario al Título IV: Potestad sancionadora, Capítulo II: Infracciones y sanciones», en REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (directores), *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ, GARBAYO, Jesús, «El requerimiento de la inspección de trabajo en materia de prevención de riesgos laborales (art. 43 LPRL)», *Revista Doctrinal Aranzadi-Social*, núm. 17/2011 (Estudio).

TEROL GÓMEZ, Ramón, «Capítulo XVI: El régimen sancionador en materia de consumo. Las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de defensa de los consumidores y usuarios» en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir) y SUÁREZ LÓPEZ, José María, *Derecho y Consumo: aspectos penales, civiles y administrativos*, Dykinson, Madrid, 2013.

VELASCO CABALLERO, FRANCISCO; RODRÍGUEZ CHAVES, Blanca y DÍEZ SASTRE, Silvia, «Comentario al Título IV: Potestad sancionadora», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2015 (2ª).

VÍRGALA FORURIA, Eduardo, «Las Autoridades administrativas independientes en España: su regulación jurídica». Disponible en: <http://academia.edu> [Consulta: 14 abril 2018]. Trabajo inicialmente publicado en Chirulli, P. y Miccù, R., *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Jovene, Napoli, 2011.

W.C.H. ERVINE, «The unfair terms in consumer contracts regulations in the courts», *Scots Law Times*, 2004, 21, pp. 127-131.

JURISPRUDENCIA

## ESPAÑA

STC núm. 42/1987, de 7 de abril (RTC 1987\42)  
 STC núm. 81/2009, de 23 de marzo (RTC 2009\81)  
 STS de 12 de febrero de 2002 (RJ 2002/3329)  
 STS núm. 1127/2017, de 27 de junio (RJ 2017\3171)  
 STS núm. 1557/2017, de 16 de septiembre (RJ 2017\4672)  
 STSJ Andalucía núm. 1439/2011, de 13 junio (JUR 2011\332673)  
 STSJ Andalucía núm. 54/2012, de 23 enero (JUR 2012\135071)  
 STSJ Andalucía núm. 3615/2015, de 2 de junio (JUR 2015\154485)  
 STSJ Andalucía núm. 14455/2016, de 31 de marzo (JUR 2017\51562)  
 STSJ Andalucía núm. 197/2017, de 16 febrero (JUR 2017\162055)  
 STSJ País Vasco núm. 573/2016, de 28 diciembre (RJCA 2017\195)  
 SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 110/2013, de 5 de junio (JUR 2013\273380)  
 SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 8/2017, de 16 enero (JUR 2017\25168)  
 SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 268/2016, de 28 diciembre (RJCA 2017\196)  
 SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 231/2016, de 31 octubre (JUR 2017\25871)  
 SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 145/2016, de 30 junio (JUR 2016\200413)  
 SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 92/2016, de 2 mayo (JUR 2016\201522)  
 SJCA Vitoria-Gasteiz núm. 181/2016, de 1 septiembre (JUR 2017\25870)  
 STSJ Madrid núm. 190/2004, de 4 marzo (JUR 2004\138203)  
 STSJ Madrid núm. 944/2006, de 6 de junio de 2006 (JUR 2006\288269)  
 STSJ Madrid núm. 908/2008, de 19 de junio de 2008 (JUR 2008\283588)  
 STSJ Madrid núm. 2012/2009, de 13 de noviembre (JUR 2010\37527)  
 STSJ Madrid núm. 1057/2010, de 30 septiembre (JUR 2011\24409)  
 STSJ Madrid núm. 765/2013, de 30 de octubre (RJCA 2014\121)  
 STSJ Madrid núm. 475/2014, de 23 junio (RJCA 2014\876)  
 STSJ Castilla-La Mancha núm. 78/2001, de 28 de septiembre (JUR 2001\328294)  
 STSJ de Castilla-La Mancha núm. 82/2001, de 2 de octubre (JUR 2002\14078)  
 SJCA Oviedo núm. 13/2015, de 28 enero 2015 (JUR 2015, 142063)

## REINO UNIDO

Director General of Fair Trading vs First National Bank Plc [2001] UKHL 52; [2002] 1 A.C. 481 (HL);  
 Director General of Fair Trading vs First National Bank Plc [2000] Q.B. 672 (CA (Civ Div))  
 The Office of Fair Trading vs Abbey National plc & Others [2009] UKSC 6.  
 Standard Bank London Ltd vs Apostolakis [2001] EWHC 493 (Comm) (09 February 2001)  
 Picardi v Cuniberti [2002] EWHC 2923 (19 December 2002)

*Lovell Projects Ltd vs Legg* [2003] BLR 452 (July 2003)

*ParkingEye Limited vs Beavis* [2015] UKSC 67 (4 November 2015)

Fecha de recepción: 29.05.2018

Fecha de aceptación: 18.06.2018