

La tutela administrativa contra las  
cláusulas abusivas en el Derecho  
italiano: el artículo 37 bis  
del *Codice del Consumo*<sup>1</sup>

*The administrative control against  
unfair terms under the Italian  
legislation: article 37 bis of the  
Consumer Code*

por

INÉS SÁNCHEZ-VENTURA MORER  
*Profesor Ayudante doctor de Derecho civil  
Universidad de Navarra*

*RESUMEN:* Distintos países de la Unión Europea, con base en lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, han reconocido a órganos de carácter administrativo competencia sobre el control de cláusulas abusivas utilizadas en contratos con consumidores. Italia por Decreto-ley de 24 de enero de 2012, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, introdujo un nuevo artículo 37 bis en el Código de Consumo en virtud del cual se otorgaba dicha competencia a una entidad administrativa independiente (La *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) que ejercita sus funciones a través de dos procedimientos de control distintos: uno de carácter preventivo-consultivo y otro de carácter sucesivo-declarativo.

El presente trabajo, además de analizar el origen de este nuevo artículo y sus consecuencias prácticas, aporta una explicación de cómo se desenvuelven cada uno de estos procedimientos.

*ABSTRACT: Different countries of the European Union, based on article 7 of the Directive 93/13/CEE, have recognised a power of control about unfair terms to administrative entities. Italy through Decree-Law of January 24, 2012, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, introduced a new article 37 bis in the Consumer Code whereby granted competence to an independent administrative entity (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato). This article states two different types of procedure: one preventive-consultive and another one successive- declarative. The following paper besides, analysing the origin of this new article and its practical consequences and how each of these procedures are developed.*

**PALABRAS CLAVE:** Consumidores. Cláusulas abusivas. Control administrativo. Directiva 93/13/CEE. Derecho de los consumidores italiano.

**KEY WORDS:** Consumers. Unfair terms. Administrative control. Directive 93/13/CEE. Italian consumer law.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: 1. ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO. 2. LA AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.—II. EL CONTROL ADMINISTRATIVO ORDINARIO: 1. ÁMBITO OBJETIVO E INICIO DEL PROCEDIMIENTO. 2. FASE PREVIA DEL PROCEDIMIENTO. 3. FASE DE INSTRUCCIÓN: A) *Trámite de consulta pública*. B) *Actuaciones del responsable del procedimiento*. C) *Clausura de la fase istruttoria*. 3. FASE DECISORIA: A) *Control abstracto de las cláusulas*. B) *Consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva*.—III. EL INTERPELLO.—IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.—V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Con base en lo dispuesto en el artículo 7 de la *Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, muchos de los países de la Unión Europea han establecido un sistema de control integrado de las cláusulas abusivas que será ejercido, por un lado, por los jueces y tribunales, y, por otro lado, por órganos de la

administración pública a quienes les corresponde velar por el interés general. Específicamente, este artículo señala: «1. Los Estados miembro 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 estos 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».

En lo que al control administrativo se refiere, en el contexto de la Unión Europea pueden distinguirse, fundamentalmente, dos modelos. En primer lugar, destacan ordenamientos en los que la competencia de control sobre las cláusulas abusivas ha sido atribuida a los órganos incardinados en la estructura jerárquica de la administración central o regional del Estado, tal es el caso de España. Bajo el segundo de los modelos, la competencia ha sido atribuida a órganos administrativos independientes que tienen encomendadas, entre otras funciones, la supervisión y la garantía de la competencia en el mercado. Países como el Reino Unido<sup>2</sup> y, más recientemente Italia, han optado por el segundo de estos modelos.

En España, las diecisiete comunidades autónomas han aprobado su correspondiente normativa en materia de protección de consumidores, atribuyendo a sus respectivas administraciones de consumo potestad para sancionar a las empresas que utilicen cláusulas abusivas en sus relaciones contractuales con consumidores (TEROL GÓMEZ, 2013, 580-585 y REBOLLO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, 2011, 612). Para ello se ha seguido el modelo establecido a nivel estatal en el artículo 49.1 i) TRLGDCU que califica como infracción la introducción de cláusulas abusivas en los contratos.

En el Reino Unido, el control sobre la utilización de cláusulas abusivas fue introducido con motivo de la trasposición de la Directiva 93/13/CEE<sup>3</sup>. Actualmente, tal y como establece el artículo 70 de la *Consumer Rights Act 2015*, corresponde a la *Competition and Markets Authority*. Se trata de una entidad independiente, no vinculada a ningún Ministerio o departamento del gobierno en concreto, que tiene atribuida como función principal garantizar la libre competencia en el mercado lo que redundará en el mayor beneficio de los consumidores<sup>4</sup>. La *Competition and Markets Authority*, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, tiene la posibilidad de proceder a examinar los contratos utilizados tanto por entidades públicas como privadas que puedan estar utilizando cláusulas abusivas. Si, según su parecer, la cláusula no cumple con los requisitos legales, se dirigirá a la empresa comunicando la situación e invitándole a cesar en el uso

de la cláusula. Si la empresa no procede a la eliminación o cambio de la cláusula en cuestión, la *Competition and Markets Authority* dispone de legitimación para iniciar un procedimiento judicial. Lo cierto es que muy pocas cuestiones llegan a juicio, ya que la mayor parte se resuelven en vía de negociación entre la entidad reguladora del mercado y la empresa involucrada (BRIGHT, 2000, 334; ERVINE, 2004, 131 y COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, 2015, 134). La nota que caracteriza este sistema es la ausencia de un auténtico poder sancionatorio. La *Competition and Markets Authority*, por sí misma, carece de poder coercitivo en sentido estricto, tan solo dispone de la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial solicitando el cese en el uso de la cláusula, para el caso de que la empresa desoiga la invitación a remover la cláusula. A pesar de no tener poder sancionatorio, este procedimiento resulta bastante eficaz, lo que se ha traducido en un ahorro importante para los consumidores que han visto suprimidos recargos que encarecían el precio del servicio en sus contratos de préstamo hipotecario o de telefonía móvil, entre otros (ERVINE, 2004, 131).

En términos similares, Italia por Decreto-ley de 24 de enero de 2012, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*<sup>5</sup>, introdujo en el *Codice del Consumo* italiano el artículo 37 bis, que atribuyó a la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (de ahora en adelante AGCM) competencia sobre el control de cláusulas abusivas utilizadas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. La AGCM es una autoridad administrativa independiente encargada de velar por el buen funcionamiento del mercado. Entre otras funciones, le corresponde proporcionar y garantizar una protección adecuada a los consumidores. En el concreto ámbito de las cláusulas abusivas, carece de un auténtico poder sancionatorio como seguidamente se verá, de tal forma que el procedimiento de control administrativo posee caracteres peculiares.

## 1. ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO

El artículo 37 bis se encuadra dentro de un conjunto de artículos que, en el *Codice del Consumo*, están destinados a recoger la disciplina a la que están sujetos los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. En su momento, el régimen de cláusulas abusivas se contenía en los artículos 1469 y siguientes del Código civil italiano, que traían causa de la trasposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. Posteriormente, las disposiciones en materia de cláusulas abusivas fueron incorporadas de manera más desarrollada al Código de Consumo<sup>6</sup> en los artículos 33 y siguientes<sup>7</sup>.

Específicamente, el artículo 37 bis prevé dos tipos de procedimiento de control de carácter administrativo que tienen como finalidad hacer frente al fenómeno de las cláusulas abusivas<sup>8</sup>. El primero de ellos hace referencia a un

procedimiento declarativo, y solo indirectamente represivo, en virtud del cual la AGCM, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará si las cláusulas que tengan carácter de condición general de la contratación, y sean utilizadas por un profesional en sus relaciones contractuales con consumidores, son o no abusivas. Se trata de un procedimiento en el que tendrán la oportunidad de participar terceros interesados en la valoración de esa cláusula por medio de una consulta pública (asociaciones de consumidores o profesionales y la Cámara de Comercio principalmente). Si del procedimiento se deriva la declaración de una cláusula como abusiva, la única consecuencia prevista legalmente es la publicación de esa declaración en el sitio de internet de la AGCM y de la empresa afectada; es decir, no se prevé la imposición de ningún tipo de multa u otro tipo de sanción como puede ser la exigencia de cesar en el uso de esa cláusula. La AGCM tan solo dispone de un poder de comprobación o verificación de los elementos que puedan ser determinantes para declarar una cláusula como abusiva. Sin embargo, como se verá más adelante, la ausencia de una potestad propiamente sancionatoria no tiene por qué disminuir la eficacia de este procedimiento.

La segunda de las modalidades reviste un carácter algo más novedoso. Recibe el nombre de *interpello* y recoge la posibilidad que tiene el profesional de dirigirse a la AGCM para solicitar, con carácter previo, una evaluación sobre las cláusulas que tenga intención de utilizar en los contratos celebrados con consumidores, ya se trate de cláusulas que formen parte de modelos que incorporan condiciones generales del contrato, ya sean cláusulas individuales previstas para una sola operación. Se trata de un control preventivo cuya regulación básica se recoge en el artículo 37 bis apartado tercero del *Codice del Consumo*.

Ambos procedimientos han sido objeto de desarrollo por parte de la AGCM a través del Reglamento de 1 de abril de 2015 sobre el procedimiento en materia de publicidad engañosa, prácticas comerciales desleales, quebrantamientos de los derechos de los consumidores y cláusulas abusivas<sup>9</sup> (al que me referiré como Reglamento de 2015). Este reglamento, elaborado por la AGCM en el ámbito de las competencias que tiene atribuidas, recoge de manera detallada cada una de las fases y actuaciones que llevará a cabo en el ejercicio de esta función.

Sin embargo, no era la primera vez que en Italia se planteaba la posibilidad de introducir un control de tipo administrativo. Precisamente con motivo de la recepción de la Directiva, se habían propuesto algunos proyectos en este sentido. Así por ejemplo, una de las propuestas presentadas preveía la creación de un órgano *ad hoc* dependiente de la presidencia del Consejo de ministros que recibiría el nombre de Comisión de Control de las Condiciones Generales de la Contratación (*Commissione di controllo delle condizioni generali di contratto*) de la cual iban a depender dos procedimientos: uno de tipo preventivo consultivo —a iniciativa del empresario respecto de condiciones generales de la contratación todavía sin utilizar— y otro de carácter sucesivo prescriptivo —a solicitud del consumidor o de las asociaciones correspondientes respecto

de condiciones generales ya utilizadas por el empresario—. Este procedimiento finalizaba con la publicación de la declaración de una cláusula como abusiva en la gaceta (ALPA, 2003, 469 y ANGELONE, 2014, 15-17). Como se puede observar, el procedimiento descrito guarda una gran similitud con el procedimiento actualmente previsto en el artículo 37 bis, si bien en la actualidad se ha optado por atribuir la competencia a un órgano ya existente.

La presentación de las diferentes propuestas dio lugar, entonces, a un debate entre los partidarios del establecimiento de un control judicial sobre el administrativo y los partidarios de un sistema integrado. Los partidarios de la primera solución señalaban que reconocer competencia a un órgano de la administración pública para decidir sobre el contenido de las cláusulas utilizadas en los contratos, suponía atribuir la capacidad para manifestarse acerca de la validez e invalidez del contrato a un órgano no judicial; cuando el establecimiento de cualquier límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad debe tener su origen en una causa justificada y, en todo caso, debe ser declarada por quien tiene atribuida la potestad para ello, en este caso el poder judicial. Por otro lado, se está atribuyendo al órgano administrativo capacidad para manifestarse sobre intereses privados, cuando lo que le corresponde salvaguardar son intereses de carácter público lo que se traduce en intereses de carácter macroeconómico<sup>10</sup>.

Entre los partidarios de un sistema integrado se encuentra ALPA quien destaca como, precisamente, el control sobre contratos estándar redunda de manera positiva en la competencia del mercado, pues asegura que el adherente tenga un grado de información suficiente para poder elegir con quien celebrar el contrato (ALPA, 2003, 471-472). Además, el control administrativo permite superar algunos de los límites que presenta el control judicial, relacionados con el coste y la celeridad del procedimiento (RUMI, 2012, 644). Por otro lado, si bien es cierto que al órgano administrativo se le atribuye la posibilidad de determinar si una cláusula es o no abusiva, lo que no puede hacer, en ningún caso, es declarar que dicha cláusula no vinculará al consumidor. La posibilidad de declarar nula una cláusula es una posibilidad reservada al juez. Así, si un concreto consumidor está interesado en la declaración de una cláusula de su contrato como abusiva y, por tanto, nula, debe acudir al órgano judicial correspondiente.

En su momento, el legislador italiano optó finalmente por un sistema que privilegiaba el control judicial optando por la regulación de la acción inhibitoria; sin embargo, se trata de un sistema que ha resultado algo insatisfactorio. Tal y como han señalado la mayor parte de los autores, la acción inhibitoria regulada en el artículo 37 del *Codice del Consumo*, ha destacado por su escasa aplicación (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 930 y sigs.; MINERVINI, 2006, 98-99 y MAZZEO Y BRANDA, 2012, 388)<sup>11</sup>.

También hay que tener en cuenta que, con anterioridad a la introducción del artículo 37 bis, ya existían normas que atribuían competencia a distintos órganos de carácter administrativo en materia de control de cláusulas abusivas.

Se trata de atribuciones competenciales que, a día de hoy, continúan totalmente vigentes. Tal es el caso de determinadas entidades reguladoras de los sectores de la banca o del seguro o de la propia Cámara de Comercio quien, por Ley de 29 de diciembre de 1993<sup>12</sup>, tiene atribuida la facultad para, de oficio o a instancia de parte, proceder a valorar si una determinada cláusula es o no abusiva instando a la empresa a remover la cláusula que haya sido valorada como tal. En caso de que la empresa no obre de acuerdo con esta indicación, la Cámara podrá dirigirse a los tribunales ejercitando la acción inhibitoria. Con todo, son muy pocas las ocasiones en las que la Cámara de Comercio ha ejercido esta competencia (POSMON, 2013, 824).

Precisamente, con la regulación del control administrativo, el legislador italiano ha pretendido dar respuesta a la ineficacia de algunos de los instrumentos descritos hasta ahora (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 422; ANGELONE, 2014, 15 y PANDOLFINI, 2012, 49). La incorporación del artículo 37 bis al conjunto de remedios de los que dispone el Derecho italiano para hacer frente al fenómeno de las cláusulas abusivas ha llevado consigo la instauración de un sistema de protección integrado, de tal forma que a los tradicionales remedios existentes en el ámbito judicial se añade ahora un control de carácter administrativo. El control administrativo no viene a sustituir, sino que se presenta como alternativa a los remedios judiciales, entre los cuales se puede destacar la acción individual que todo consumidor puede ejercitar solicitando la nulidad de una cláusula (*ex art. 33 del Codice del Consumo*), la acción colectiva inhibitoria recogida en el artículo 37 y la acción colectiva resarcitoria del artículo 140 bis<sup>13</sup>, ambas del *Codice del Consumo*<sup>14</sup>.

## 2. LA AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

La viabilidad de un control administrativo de este tipo depende, en muy buena parte, del órgano al que se le atribuye la competencia para llevarlo a cabo, así como su relevancia en el mercado y su capacidad para coordinar los intereses de todos los sujetos que puedan ser afectados. Como ya se ha indicado el órgano finalmente elegido fue la AGCM<sup>15</sup>. En este sentido, la mayor parte de la doctrina está de acuerdo en afirmar la oportunidad de designar a la AGCM como el responsable del procedimiento ya que se trata de un organismo dinámico y eficiente, que goza de una gran fiabilidad en cuanto que se trata de una autoridad administrativa independiente; y es una entidad que, con el paso de los años, se ha distinguido por su capacidad para intervenir en la protección del mercado, destacando una actitud en favor del consumidor (pro-consumidor). Se trata, además, de un órgano que opera a través de procedimientos que resultan ágiles y económicos (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 423-424, POSMON, 2013, 836-838 y 845 y MINERVINI, 2012, 564).

Por otro lado, no puede desconocerse la íntima relación que existe entre el fenómeno de las condiciones generales del contrato y la tutela del mercado como interés público objeto de protección. A través de este mecanismo de control, la AGCM ejerce «como instrumento de vigilancia sobre el correcto uso de la autonomía» (ROSSI, 2012, 496)<sup>16</sup>. Con la intervención de la AGCM se pretende el establecimiento de un mercado más eficiente y transparente en el que se proporcione al consumidor información certera acerca de los distintos bienes y servicios ofertados de tal forma que pueda elegir de manera adecuada entre las distintas ofertas, lo que a su vez garantiza la libre competencia (POSMON, 2013, 835-838; ANGELONE, 2014, 41-42 y QUERCI, 2013, 464). Se señala como la complementariedad entre *public* y *private enforcement*<sup>17</sup> originariamente referido a la normativa sobre competencia se manifiesta ahora en la disciplina sobre cláusulas abusivas (PANDOLFINI, 2012, 48).

Por último, la AGCM venía ejerciendo el control sobre otros ámbitos que guardan una conexión directa con el control sobre la utilización de cláusulas abusivas, tales como las prácticas comerciales desleales y la publicidad engañosa. Ahora bien, tal y como advierten DE CRISTOFARO y ZACCARIA, mientras la regulación en materia de prácticas comerciales desleales y publicidad engañosa pone el punto de mira en el comportamiento del empresario con carácter previo a la celebración del contrato, el régimen de cláusulas abusivas se refiere al contenido del propio contrato (2013, 423).

## II. EL CONTROL ADMINISTRATIVO ORDINARIO

### 1. ÁMBITO OBJETIVO E INICIO DEL PROCEDIMIENTO

El ámbito objetivo del control administrativo ordinario son las cláusulas insertas en contratos celebrados entre un profesional y un consumidor que se celebran mediante adhesión a condiciones generales de la contratación en el sentido de los artículos 1341 y 1342 del Código civil<sup>18</sup> utilizadas o que se recomienden utilizar por el empresario o empresarios (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 423)<sup>19</sup>. El control ejercido por la AGCM no parece aplicable a cláusulas que son predisuestas por el empresario de manera individual para un solo contrato, por lo que posee un ámbito más restringido que el propio de un control jurisdiccional de carácter civil. En este sentido, este instrumento de control de la AGCM se asemeja a la acción inhibitoria del artículo 37 del *Codice del Consumo*, ya que ambos se caracterizan por ser procedimientos de carácter general y abstracto que tienen como objetivo principal la tutela de un interés colectivo: la protección del consumidor como categoría (MINERVINI, 2006, 95).

El carácter abstracto del procedimiento ha sido sucesivamente recordado por la AGCM. Frente a la objeción planteada por algunas de las entidades acerca



de la ausencia de un impacto concreto de las cláusulas objeto de valoración, ya que no estaban siendo utilizadas en la práctica, la AGCM ha destacado como el control que ejercita, en el sentido del artículo 37 bis del *Codice del Consumo*, prescinde del dato de hecho de la aplicación específica de la cláusula, es decir, prescinde de la conducta adoptada en concreto por el profesional en la ejecución de un solo contrato, aunque lo que finalmente se ejecute sea distinto de lo establecido *a priori* en el modelo o formulario contractual. Para llevar a cabo su actuación, es suficiente con verificar que esas cláusulas están presentes en contratos celebrados entre profesionales y consumidores mediante la adhesión a condiciones generales de la contratación<sup>20</sup>.

El procedimiento podrá iniciarse de oficio por la propia AGCM, así como a instancia de cualquier sujeto u organización que acredite un interés en la declaración de una cláusula como abusiva<sup>21</sup>. El reglamento desarrollado por la AGCM, también reconoce legitimación a la Cámara de Comercio y a cualquier otra unión de empresarios (*vid.*, art. 23 del Reglamento de 2015). La experiencia de estos años muestra que, en los casos en los que no es la AGCM la que da inicio al procedimiento, son las asociaciones de consumidores las que, principalmente, han dado cauce a las quejas planteadas por los consumidores. No se ha registrado ningún caso en el que el impulso haya sido resultado de la iniciativa de la Cámara de Comercio o de alguna de las uniones de empresarios existentes en el país (ANGELONE, 2016, 531).

A la luz de lo dispuesto en el Reglamento de 2015, se pueden llegar a distinguir hasta tres fases en el procedimiento administrativo de evaluación de una cláusula como abusiva (POSMON, 2013, 824 y 825):

- Fase *pre-istruttoria* (a la que me referiré como fase previa).
- Fase *istruttoria* (fase principal o fase de instrucción).
- Fase decisoria.

## 2. FASE PREVIA DEL PROCEDIMIENTO

La norma ha hecho depender el procedimiento de instrucción principal de una fase anterior en la que el responsable del procedimiento<sup>22</sup>, examina la solicitud presentada y comprueba que concurren todos los elementos formales necesarios para la tramitación de la solicitud<sup>23</sup>. Esta fase tiene como principal objetivo evitar sobrecargar a la Autoridad de solicitudes o denuncias manifiestamente infundadas (ANGELONE, 2014, 21). Entre otras razones que podrían llevar consigo el archivo de las actuaciones se encuentran: la presentación de una denuncia claramente incompleta o la falta de presupuestos legales<sup>24</sup>.

Esta fase adquiere una especial relevancia ya que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 23.4 del Reglamento de 2015, el empresario, informado previamente

por el responsable del procedimiento del potencial carácter abusivo de la cláusula objeto de denuncia, puede, de manera voluntaria<sup>25</sup>, proceder a la eliminación o modificación de la cláusula lo que supondrá el fin de las actuaciones, y por lo tanto, el cierre del procedimiento sin ulteriores consecuencias (POSMON, 2013, 835 y ANGELONE, 2014, 22). El artículo mencionado establece: «exceptuando casos de particular gravedad, siempre que existan motivos fundados como para considerar que las cláusulas insertadas en los contratos entre empresarios y consumidores, de acuerdo con el artículo 37 bis.1, son abusivas, el responsable del procedimiento, después de haber informado al *Collegio*<sup>26</sup>, puede comunicar por escrito al profesional la posible abusividad de la cláusula contractual (*moral suasion*)»<sup>27</sup>.

La posibilidad de rectificar la cláusula únicamente es posible antes de que se proceda a la comunicación de la apertura de la fase de instrucción. No tiene espacio el llamado ‘arrepentimiento tardío’, de tal forma que, aunque la empresa haya removido la cláusula de forma voluntaria, la Autoridad continuará con el procedimiento hasta su conclusión (ANGELONE, 2016, 533)<sup>28</sup>, si bien, en su resolución final advertirá de esta circunstancia. Así lo recuerda la AGCM en alguno de los casos resueltos desde que se introdujera el artículo 37 bis. En el procedimiento de 27 de marzo de 2013, n. 24288 (CV28) la empresa había modificado las cláusulas objeto de evaluación y, por lo tanto, señalaba que debía procederse al archivo de la causa en el sentido del entonces artículo 5.1 d) del Reglamento de 2012. Frente a este argumento la AGCM recuerda que la aplicación de ese artículo solo cabe cuando la contestación de la empresa aceptando la modificación se produce con anterioridad a la comunicación de la apertura del procedimiento de instrucción<sup>29</sup>.

A salvo de esta posibilidad, una vez que se verifica que concurren los presupuestos previstos legalmente, el responsable del procedimiento da traslado a las partes de la comunicación donde se contiene la fecha de apertura de la fase de instrucción, la dirección y nombre del responsable del procedimiento, el contenido de la solicitud de intervención, así como cualquier otro elemento que haya sido considerado de oficio por la Autoridad (art. 6.3 Reglamento de 2015).

### 3. FASE DE INSTRUCCIÓN

La autoridad tiene un plazo de 150 días desde la apertura del procedimiento (art. 23.5 Reglamento de 2015) para resolver<sup>30</sup>.

#### A) *Trámite de consulta pública*

Un momento que adquiere especial relevancia en esta fase es el trámite de consulta pública al que hace referencia el artículo 23.6 del Reglamento. Den-

tro de los 30 días siguientes a la apertura de la fase *istruttoria*, se procede a la publicación de un comunicado con información suficiente a efectos de que cualquier entidad o asociación pueda tomar parte del procedimiento enviando sus correspondientes valoraciones, comentarios u opiniones que el *Collegio* tendrá en cuenta para la adopción de la decisión final (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 428 y POSMON, 2013, 828). Durante el proceso de elaboración del Reglamento, hubo alguna propuesta que pretendía subordinar la declaración de abusividad al previo acuerdo de todas las asociaciones de categoría<sup>31</sup>, otorgándoles un auténtico poder de codecisión. Sin embargo, como ha señalado algún autor, esta exigencia hubiera supuesto un debilitamiento de las facultades concedidas a la autoridad. Además, y lo que resulta todavía más importante, se le hubiera privado de toda eficacia al procedimiento ya que, supeditar una determinada resolución al acuerdo de todas las asociaciones intervinientes, implica la necesidad de contar con un acuerdo entre las asociaciones de consumidores, por un lado, y las asociaciones en representación de los profesionales por otro, lo que no suele darse con mucha frecuencia en la práctica (ANGELONE, 2014, 27 y PANDOLFINI, 2012, 55). Las asociaciones de consumidores han demostrado un papel activo en estos años de aplicación de la normativa<sup>32</sup>, y ha sido muy escasa la participación de las uniones de empresarios u otras asociaciones de este tipo<sup>33</sup>.

El Reglamento de 2015 también prevé un tipo de consulta de carácter facultativo, *ex* artículo 23.7, en virtud de la cual el responsable del procedimiento puede dirigirse a la Autoridad de regulación o vigilancia del sector para obtener su parecer. Dispone de un plazo de 30 días para remitir la información oportuna al responsable. Sin embargo, en pocas ocasiones se ha hecho uso de esta facultad<sup>34</sup>.

Se pone de manifiesto en este momento una cuestión referida a la posible situación de conflicto que se puede generar entre la AGCM y esas otras entidades reguladoras de un determinado sector económico que también tienen competencia sobre el control en la utilización de cláusulas abusivas: tal es el caso de la institución de supervisión y vigilancia de las entidades aseguradoras o de la Banca de Italia. Algún autor ha puesto de manifiesto cómo la posibilidad de consultar facultativamente a estas entidades supone una oportunidad para mejorar la coordinación entre todos ellos además de proveer a la AGCM de conocimientos técnicos especializados propios del sector económico (POSMON, 2013, 828-829). Sin embargo, algún otro autor ha destacado cómo para lograr una efectiva coordinación entre ellos, la consulta a la autoridad de control o vigilancia del sector en el que opera el profesional debería ser obligatoria (ANGELONE, 2014, 27-29). Lo cierto es que con o sin consulta obligatoria, tanto la AGCM como la autoridad sectorial correspondiente podrían iniciar sendos procedimientos de carácter administrativo sobre el control de cláusulas abusivas, lo que tampoco plantea ulteriores consecuencias graves ya que no están dotadas de un auténtico poder sancionatorio.

B) *Actuaciones del responsable del procedimiento*

En el curso del procedimiento, el responsable podrá recabar «[...] cualquier elemento útil para la evaluación de los hechos. A tal fin puede solicitar información y documentación a cualquier sujeto público y privado» (art. 12.1 del Reglamento de 2015)<sup>35</sup>. En este sentido, a la Autoridad se le ha dotado de un poder de inspección en virtud del cual puede dirigirse a la empresa y exigirle la prestación de información y exhibición de los documentos que considere oportunos, competencia que deberá ejercer en los términos del artículo 14 del Reglamento de 2015<sup>36</sup>. A tal fin, se hace entrega a la empresa de un escrito en el que consta el objeto de inspección, así como la sanción en caso de que la empresa no colabore con la Autoridad o bien ofrezca una información falsa. Según lo establecido en el artículo 37 bis apartado 1 del *Codice del Consumo*, la sanción pecuniaria para el caso de que la empresa no acceda a las peticiones de la AGCM podrá oscilar entre los 2.000 y 20.000 euros, mientras que para el caso en el que la información no sea veraz, la multa podrá ser de entre 4.000 y 40.000 euros<sup>37</sup>.

La facultad de la que dispone el responsable del procedimiento de recabar toda información de cualquier sujeto público y privado incluye la posibilidad, previa autorización por parte del *Collegio*, de solicitar informes periciales, análisis estadísticos y económicos; así como consultar a expertos que puedan aportar información relevante para la resolución del caso (art. 13 del Reglamento de 2015).

El reglamento, en su artículo 12.2, también prevé que allí donde lo considere necesario, o a petición de una de las partes, el responsable del procedimiento podrá dar audiencia a las partes, para respetar así el principio administrativo de contradicción<sup>38</sup>. Esta posibilidad es facultativa, ya que queda a discrecionalidad del responsable del procedimiento (BONACCORSI, 2013, 45), pero ha sido aplicada en todos los casos estudiados<sup>39</sup>.

C) *Clausura de la fase istruttoria*

Tal y como señala el artículo 16, apartados 1 y 2, el responsable del procedimiento cuando considere suficientemente instruida la causa, recabada toda la información, comunica a las partes la fecha de conclusión de esta fase y les indica un término, no inferior a los 10 días, dentro del cual pueden presentar una memoria conclusiva, así como toda la documentación que consideren relevante. Una vez recibidos los documentos, se da traslado al *Collegio* para que adopte una decisión final acerca del carácter abusivo de la cláusula.

### 3. FASE DECISORIA

#### A) *Control abstracto de las cláusulas*

Se pone de manifiesto en este ámbito el carácter preventivo y abstracto de este procedimiento. A la hora de calificar si una determinada cláusula es o no abusiva, al igual que sucede en la resolución de una acción inhibitoria, la AGCM no podrá, en el ejercicio de su función, aplicar los criterios de interpretación propios de un juicio de carácter individual en el que un consumidor solicita la nulidad de una determinada cláusula, ya que resultan incompatibles con una valoración de carácter abstracto<sup>40</sup>.

En un principio, en la determinación de si una cláusula es o no abusiva se tendrá en cuenta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del *Codice del Consumo*, la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato, las circunstancias existentes en el momento de la celebración y otras cláusulas del mismo contrato o de otro contrato del cual el primero depende.

Pero, en el ejercicio de su función, y dadas las características que rodean este procedimiento, la AGCM no tendrá en cuenta las circunstancias concretas que rodearon la celebración del contrato (*vid.*, art. 34.1 del *Codice del Consumo*)<sup>41</sup>. Tampoco resulta de aplicación, como es propio en estos casos, la regla de interpretación más favorable al consumidor<sup>42</sup>. Sí se atenderá, por el contrario, a la naturaleza del bien o servicio, y a otras cláusulas insertadas en el mismo modelo o formulario de contrato que son otros de los elementos a los que hace referencia el artículo 34.1 del *Codice del Consumo* para la valoración de una cláusula como abusiva<sup>43</sup>. En todo caso, el criterio fundamental para determinar si una cláusula es o no abusiva, es la consideración sobre la existencia de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes del que se deriva un perjuicio para el consumidor, entendiendo aquí consumidor como consumidor en sentido general, como categoría (QUERCI, 2013, 457). En esta valoración, y ante la falta de experiencia anterior por parte de la AGCM, la lista *numerus apertus*<sup>44</sup> de cláusulas que podrían considerarse abusivas, ha resultado ser una guía muy útil en la práctica (ROSSI, 2012, 494-495).

En algunos de los casos estudiados la empresa afectada argumentaba que el examen acerca de la existencia de un posible desequilibrio requería de la evaluación en concreto, y no en abstracto, del contenido contractual. Frente a este argumento, la AGCM ha señalado que, en el ejercicio de su función, en virtud del artículo 37 bis, está llamada a desarrollar una valoración abstracta que prescinde de la conducta o pauta adoptada para el caso concreto por el profesional<sup>45</sup>.

B) *Consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva*

Concluida la valoración, el responsable del procedimiento comunica a las partes y a los demás sujetos intervinientes en el proceso, la decisión de la autoridad. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.3 del Reglamento de 2015, la resolución que declara una cláusula abusiva debe ser publicada dentro de los 20 días siguientes a su adopción en el sitio de internet de la AGCM, así como en el sitio de internet del operador o empresa en el plazo de 20 días desde la recepción de la comunicación (*vid.* art. 23.8 Reglamento 2015). Para el caso de que la entidad incumpliera el mandato de dar publicidad a la decisión de la AGCM, esta podrá imponer una sanción económica que oscila entre los 5.000 y 50.000 euros de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 bis apartado 2 del *Codice del Consumo*. La información estará disponible en la web durante el tiempo establecido por la AGCM pues queda a su discrecionalidad. El plazo será fijado teniendo en cuenta la relevancia y los hechos del caso concreto (ANGELONE, 2016, 539).

La AGCM, por tanto, se encuentra totalmente desprovista de un auténtico poder sancionatorio con el que imponer una multa por el uso de cláusulas abusivas, o un poder inhibitorio mediante el cual pueda exigir a la empresa el cese en el uso de la cláusula. Tal y como señala el artículo 37 bis apartado 1 del *Codice del Consumo* la declaración de una cláusula como abusiva lo es a los solos efectos establecidos en los apartados siguientes. El Derecho italiano no ha previsto consecuencia alguna más que la simple publicación en el correspondiente sitio de internet.

Ahora bien, no sucede lo mismo en materia de prácticas comerciales desleales o publicidad engañosa, donde la autoridad sí dispone de un poder para exigir de la empresa la rectificación de su conducta (ANGELONE, 2014, 32-33 y PANDOLFINI, 2012, 58). En el contexto del régimen de las cláusulas abusivas, parece que el legislador ha preferido una solución distinta que coordinase mejor el interés público en la protección del consumidor y el libre ejercicio de la iniciativa económica de la empresa (POSMON, 2013, 846-849).

En este sentido, la mayor parte de los autores que se han acercado al estudio de este tema, destacan que la tutela administrativa de las cláusulas abusivas por la que ha optado el legislador italiano permite alcanzar dos objetivos fundamentalmente (ANGELONE, 2014, 31-32; PANDOLFINI, 2012, 57 y POSMON, 2013, 834-935). Por un lado, la publicación de la valoración realizada por la AGCM cumple una función de información al consumidor garantizando que, en todo momento, tenga conocimiento de la calidad del bien o servicio ofrecido por el empresario. El derecho a la información, recogido en el artículo 2.2 c) del *Codice del Consumo*, se configura, así, «como columna vertebral del sistema» (ROSSI, 2012, 494)<sup>46</sup> en la garantía de los derechos de los consumidores. Este derecho guarda, a su vez, una estrecha relación con otros recogidos en ese mismo

artículo como pueden ser la educación de los consumidores [art. 2.2 d)], o el derecho a la transparencia y equidad en las relaciones contractuales [art. 2.2 e)].

Por otro lado, destacan que la publicidad de la declaración de una cláusula como abusiva tiene un efecto disuasorio para el propio empresario provocando la espontánea modificación de la cláusula. Solo de esta forma el empresario podría evitar las repercusiones negativas que puede tener la publicación y la difusión de la información contenida en ella, y no solo desde un punto de vista comercial —por el efecto negativo que pueda tener en los consumidores—, sino también legal ya que la publicación posee la virtualidad de advertir al empresario de su posible responsabilidad futura en el ámbito judicial. El empresario se expone, así, al planteamiento de una acción individual solicitando la nulidad de una o varias cláusulas del contrato (*ex art. 33 del Codice del Consumo*), una acción colectiva de cesación en el uso de la cláusula (*ex art. 37 del Codice del Consumo*) o de carácter resarcitorio (*ex art. 140 bis del Codice del Consumo*). Esta advertencia es precisamente la nota que caracteriza un sistema preventivo como el que se pretende implantar a través del establecimiento de un control administrativo de este tipo (ROSSI, 2012, 494; ANGELONE, 2016, 540 y MINERVINI, 2012, 569).

Lo cierto es que, en lo que lleva de aplicación la norma, muchas empresas, ante la reclamación de la AGCM, han retirado voluntariamente las cláusulas de dudosa abusividad<sup>47</sup>. De la lectura de los casos estudiados se desprende que, en casi su totalidad, la empresa ya había procedido a modificar las cláusulas objeto de valoración presentando una redacción alternativa<sup>48</sup>. Así, este modelo de control trata de «estimular la autodisciplina promoviendo la moralización de la conducta empresarial e incentivando la difusión de una correcta ética mercantil» (ANGELONE, 2016, 541)<sup>49</sup>.

De fondo, y tal y como ha destacado algún autor, con este tipo de procedimientos se pone de manifiesto como la tradicional función represiva vinculada a la potestad sancionatoria, al menos desde el punto de vista del Derecho administrativo, parece inadecuada hoy para hacer frente a determinadas disfunciones del mercado (MINERVINI, 2013, 165). En los últimos años, se ha ido desarrollando un modelo de control del mercado a todos los niveles que se «sustancia en la búsqueda del interés público a través de la corrección de un comportamiento contrario a la ley y la búsqueda activa de soluciones al problema que el ilícito pueda haber causado, al menos en todos los casos en los que sea posible, gracias a la colaboración ofrecida por el transgresor de la norma y su disponibilidad concreta de cara a reparar los problemas causados [...]» (MINERVINI, 2013, 168)<sup>50</sup>.

Así, se buscan instrumentos que fomenten actos deseables por parte de aquellos que han violado las normas causando un daño a la colectividad<sup>51</sup>. El procedimiento regulado en el artículo 37 bis estaría dentro de los nuevos instrumentos de control de carácter no sancionatorio instaurados en algunos

ordenamientos que han demostrado ser de gran eficacia en los mercados (POS-MON, 2013, 836), a través de los cuales se busca que sea la propia entidad la que con iniciativa modifique su conducta presentado soluciones que hagan frente a los problemas que se puedan plantear en la comercialización de bienes o servicios<sup>52</sup>.

En ningún caso, la AGCM tiene competencia para declararla nula: esa cláusula seguirá siendo válida y eficaz en tanto no sea impugnada eficazmente (ANGELONE, 2016, 540). La posibilidad de declarar una cláusula nula de tal forma que no vincule al consumidor corresponde al juez únicamente.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 37 bis apartado 4, las resoluciones de la AGCM son recurribles ante el juez administrativo. En este caso, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 135.1 b) del Código del procedimiento administrativo.

### III. EL INTERPELLO

Constituye una de las novedades principales de la regulación en el ámbito del control administrativo de las cláusulas abusivas. A grandes rasgos, se trata de un procedimiento en virtud del cual la empresa a iniciativa suya somete a la valoración de la AGCM las cláusulas que tiene intención de utilizar en los modelos, formularios o contratos con consumidores. Incorporado en el artículo 37 bis apartado tercero del *Codice del Consumo*, el desarrollo del mismo se contiene en el artículo 24 del Reglamento de 2015.

El ámbito objetivo de esta solicitud son todas aquellas cláusulas que el empresario tiene intención de incorporar a los contratos de oferta de bienes o servicios con consumidores (art. 37 bis apartado tercero del *Codice del Consumo* y artículo 24.1 del Reglamento de 2015). En el caso del *interpello*, el ámbito objetivo resulta ser más amplio que el del control administrativo de carácter ordinario ya que se admite la posibilidad de someter a la valoración de la AGCM, no solo aquellas cláusulas incorporadas a formularios que incorporan condiciones generales, sino también cláusulas que, con carácter individual, se utilizan para una sola operación (MINERVINI, 2012, 566). Con carácter general, se considera que quedan excluidas del control preventivo del *interpello* aquellas cláusulas que ya estén siendo efectivamente utilizadas por el empresario (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 431 y ANGELONE, 2016, 542)<sup>53</sup>.

En un principio, está legitimado para solicitar el parecer de la AGCM, de acuerdo con el artículo 37 bis apartado tercero del *Codice del Consumo*, todo profesional interesado, así como las asociaciones de empresarios, incluyendo no solo aquellos que tienen intención de utilizar la cláusula, sino también aquellos que recomiendan su utilización (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 430-431).



La solicitud se realizará en formato electrónico o postal utilizando el formulario que la AGCM pone a disposición de los empresarios en el correspondiente sitio de internet (art. 24.1 del Reglamento de 2015)<sup>54</sup>. El solicitante deberá, en todo caso, «[...] indicar las razones y los objetivos que han motivado la inclusión de la cláusula, su no abusividad y la eventual relevancia de otras cláusulas contenidas en el mismo contrato u otro con el cual el primero está vinculado, así como la modalidad y circunstancias en que tendrá lugar la negociación y celebración del contrato»<sup>55</sup>.

La Autoridad debe resolver en el plazo de 120 días desde la recepción del formulario (art. 24.4 del Reglamento de 2015). Transcurridos los 120 días sin respuesta alguna por parte de la AGCM (art. 24.6 del Reglamento de 2015)<sup>56</sup>, la cláusula se entiende aprobada. En este sentido, el silencio es positivo.

Dentro de los 120 días, la AGCM podrá dar audiencia a la empresa interesada (art. 24.3 del Reglamento de 2015), así como dirigirse a la autoridad de regulación o vigilancia del sector en el que opera la empresa, a la Cámara de Comercio o a cualquier otra unión de empresarios, para solicitarles su parecer acerca del posible carácter abusivo de la cláusula sometida a la valoración de la AGCM. Estas entidades tienen un plazo de 30 días para responder a la consulta (art. 24.5 del Reglamento de 2015).

La valoración realizada por la AGCM puede traer como resultado la declaración de esa cláusula como abusiva o lo contrario, puede suceder que, en opinión de la autoridad, esa cláusula sea conforme a Derecho. En este último caso, el artículo 24.6 del Reglamento de 2015 señala que la AGCM se podrá abstener de emitir una respuesta formal y motivada al empresario. Interpretando *a contrario* este artículo, se puede señalar que sí deviene exigible dicha respuesta en el caso de que la autoridad haya considerado que la cláusula podría resultar abusiva (POSMON, 2013, 839 y sigs.).

La decisión de aceptación de la cláusula es vinculante para la propia AGCM que no podrá iniciar posteriormente un procedimiento de control administrativo ordinario en los términos vistos más arriba (art. 37 bis apartado 3 del *Codice del Consumo*)<sup>57</sup>; de tal manera que, en este ámbito, es comprensible que la AGCM actúe con una mayor cautela. Por el contrario, no se prevé consecuencia alguna para el caso de que la cláusula sea valorada como abusiva. Se puede entender que la puerta queda abierta a la posibilidad de iniciar de oficio el procedimiento de control administrativo ordinario (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 432 y PANDOLFINI, 2012, 56) que habitualmente concluirá confirmando la decisión adoptada en sede de *interpello*. Tratándose del mismo órgano, resultará poco común encontrar una resolución que se manifieste a favor de la cláusula cuando ya había sido objeto de una valoración negativa en sede de *interpello* (MINERVINI, 2012, 567).

Además, en la línea de lo que sucede con el procedimiento de control administrativo ordinario, el *interpello* también produce un efecto disuasorio para

la empresa, que tenderá a modificar la cláusula que pueda revestir carácter abusivo en opinión de la AGCM. Así, estoy de acuerdo en entender que no sería conveniente iniciar de oficio automáticamente un procedimiento *istruttorio* dejando abierta la posibilidad de que la empresa pueda proceder voluntariamente a la modificación de esa cláusula (ANGELONE, 2014, 37).

Por otro lado, es facultativa la publicación de la resolución en el sitio de internet de la AGCM (art. 24.7 del Reglamento de 2015). La oportunidad de proceder a su publicación viene motivada por cuestiones tales como: la relevancia o novedad de la cláusula en cuestión, o por el número de consumidores que podrían verse afectados (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 431 y ANGELONE, 2016, 543).

Se ha destacado como el procedimiento de *interpello* tiene como finalidad premiar a aquella empresa que ha actuado diligentemente sometiendo a la AGCM la valoración de las cláusulas que pretende utilizar (POSMON, 2013, 840 y ANGELONE, 2016, 544). Si la valoración es positiva contará con el ‘sello de calidad’ de la AGCM lo que favorece la publicidad del bien o servicio y posicionamiento en el mercado.

Al igual que, en el caso del control administrativo de carácter ordinario, las resoluciones de la AGCM son recurribles ante el juez administrativo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135.1 b) del Código del procedimiento administrativo<sup>58</sup>.

#### IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Desde el punto de vista teórico, DE CRISTOFARO y ZACCARIA destacan como, entre los riesgos que presenta este procedimiento, se encuentra la posibilidad de que se convierta en un fenómeno ‘parajurisdiccional’, ya que la Autoridad goza de una gran discrecionalidad en un contexto caracterizado por la ausencia de un verdadero procedimiento contradictorio (2013, 424). Aunque también encontramos opiniones que destacan, precisamente, como aspecto positivo de este control la amplia participación de la entidad afectada a lo largo de todo el procedimiento (POSMON, 2013, 836).

Por otro lado, si bien se ha pretendido implantar un sistema integrado de carácter judicial y administrativo, no se pueden obviar los problemas de coordinación que pueden existir entre tutela judicial y tutela administrativa<sup>59</sup>. El juez en el ámbito de un juicio individual o colectivo actúa con plena autonomía, no estando, en ningún caso, vinculado por la decisión adoptada en el contexto de un procedimiento administrativo, en atención a la diversidad de intereses protegidos en uno y otro. Por esta misma razón se comprende que no haya prejudicialidad entre los dos procedimientos. Así el consumidor a título individual podría dirigirse al juez civil solicitando la nulidad de una determinada

cláusula, estando pendiente la resolución de un procedimiento administrativo ante la AGCM (BONACCORSI, 2013, 54-55)<sup>60</sup>.

La falta de vinculación entre los distintos procedimientos puede llevar consigo decisiones diversas. Así, puede suceder que el juez en el ámbito de un procedimiento civil declare una cláusula abusiva cuando la misma no había sido considerada como tal por la AGCM, aunque también podría suceder lo contrario. Puede incidir el hecho de que en la valoración que se lleva a cabo en un juicio civil, a diferencia de lo que sucede en el contexto de un procedimiento colectivo de carácter abstracto, se toman en consideración más elementos, ligados a las circunstancias concretas del caso. Ahora bien, lo común será que, entre esas circunstancias, el juez tenga en cuenta la declaración emitida por la AGCM. A mi parecer, esta posible diversidad genera una situación de inseguridad jurídica para el empresario que no sabrá a qué atenerse y puede hacer dudar de la legitimidad de uno y otro órgano.

Tampoco, como ya se ha señalado más arriba, se ha dado una solución adecuada a los conflictos que podrían plantearse en el caso de ejercicio simultáneo de la competencia de control sobre las cláusulas abusivas por parte de la AGCM y las entidades reguladoras del sector y la Cámara de Comercio. Todas ellas, tienen atribuidas facultades en este ámbito de protección del consumidor. Ahora bien, es cierto que hasta ahora no se ha dado ningún supuesto de ejercicio simultáneo (POSMON, 2013, 830-831).

Desde el punto de vista práctico, hay que destacar que, en el tiempo que lleva de vigencia el artículo 37 bis, en el sitio web de la AGCM tan solo se registran 46 casos<sup>61</sup>. Entre los casos disponibles en el sitio de internet existen algunos en los que se puede llegar a dudar de la efectividad de la actuación de la AGCM. Tal es el caso de la decisión de 11 de mayo de 2017 contra una conocida red social<sup>62</sup>. Tratándose de un servicio gratuito, de contratación global, la publicación de dicha declaración en el sitio web de la entidad en Italia, no parece que vaya a ser motivo para que los usuarios dejen de utilizar la aplicación. Sin embargo, sin que medie un especial interés por parte de los consumidores, la intervención de la AGCM sí consigue una mejora en la prestación del servicio. Por ejemplo, en ese caso, entre otras cláusulas, fue declarada abusiva la cláusula de sumisión expresa.

También hay que destacar que la actuación de la AGCM, no sólo se ha limitado a valorar el posible carácter abusivo de determinadas cláusulas sino que también ha procedido a examinar cláusulas que podían resultar poco claras o incomprensibles, actuación que se ha puesto de manifiesto en el ámbito de los servicios financieros<sup>63</sup>.

Por otro lado, durante los años 2013, 2014 y 2015 se registraron 3, 4 y 2 instancias de *interpello* respectivamente, lo que no representa un número muy significativo<sup>64</sup>.

## V. CONCLUSIONES

I. Con base en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE y como han hecho otros países, Italia ha encomendado a una autoridad administrativa independiente un control de carácter preventivo sobre la utilización de cláusulas abusivas que garantice un mercado de libre de competencia en el que el consumidor pueda contar con toda la información necesaria para poder elegir adecuadamente entre los distintos bienes y servicios ofertados en el mercado.

II. Este control puede incluirse entre los instrumentos *soft law* que se atribuyen actualmente al *public enforcement*, y que se apartan de los tradicionales mecanismos de control sancionatorio. Más que la imposición de una multa estos instrumentos persiguen la modificación voluntaria y espontánea de la conducta dañosa por parte del profesional. De esta manera se protege también al empresario que, en ocasiones, desconoce que esa cláusula puede resultar abusiva así como el efecto que esto puede llevar consigo.

III. Se trata de un control unificado en una sola autoridad de ámbito nacional lo que facilita un mayor alcance de su actuación. Aún, así, son todavía muy pocos los casos resueltos. En este sentido, se requiere un mayor compromiso por parte de la AGCM en la tutela del consumidor. De todas formas no puede negarse su efectividad, pues ya se ha señalado como, en la mayor parte de los casos, las empresas habían procedido de manera voluntaria a la modificación de las cláusulas.

IV. Al contrario de lo que sucede en el ámbito italiano, en España, la posibilidad de que cada comunidad autónoma pueda imponer sanciones por la utilización de cláusulas abusivas lleva consigo una dispersión en lo que al ejercicio de esta función de control se refiere, por eventuales diferencias de criterio que puedan surgir entre las distintas administraciones autonómicas. Por otro lado, en nuestro país, en algunas ocasiones, se ha puesto en duda la actuación de la administración pública en el ejercicio de su potestad sancionadora cuando ha procedido a la imposición de multas por la utilización de cláusulas abusivas que ni habían sido declaradas abusivas por los jueces y tribunales, ni tampoco se encontraban entre aquellas cláusulas que podrían considerarse abusivas (arts. 85 a 90 TRLGDCU), pero según la administración pública sí podían encajar dentro de la definición de cláusula abusiva recogida en el artículo 82. En estos casos, las empresas sancionadas consideraban que el artículo 82 TRLGDCU no revestía suficiente certeza para cumplir con el principio de tipicidad que debe informar el ejercicio de la potestad sancionadora. Además, señalaban que la operación de calificar una cláusula como abusiva debía ser una actividad estrictamente jurisdiccional<sup>65</sup>. Este tipo de situaciones no se han dado todavía en Italia al carecer de un auténtico poder sancionatorio.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, G. (2003). La disciplina delle clausole abusive in Italia e nel Regno Unito. Metodi di controllo e questioni aperte. *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 783-822.
- ANGELONE, M. (2014). La nuova frontiera del “public antitrust enforcement”: il controllo amministrativo dell’Agcm avverso le clausole vessatorie. *Rassegna di Diritto Civile*, núm. 1, 9-40.
- (2016). La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie alla luce dell’attività provvedimentoale condotta dall’AGCM nel triennio 2013-2015. *Concorrenza e mercato*, vol. 23, 525-551.
- BIANCA, M. (2000, 2ª ed.). *Diritto civile. Vol. 3: Il contratto*, Milán: Giuffrè.
- BONACCORSI, D. (2013). Prime considerazioni sui procedimenti in materia di clausole vessatorie innanzi all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. *Diritto e Fiscalità dell’assicurazione*, núm. 1, 35-56.
- BRIGHT, S. (2000). Winning the battle against unfair contract terms. *Legal Studies (the Journal of the Society of Legal Scholars)*, núm. 3, Vol. 20, 331-352.
- COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (2015). Unfair contract terms guidance: Guidance on the unfair terms provisions in the Consumer Rights Act 2015. (CMA 37). Disponibile 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 de julio de 2017].
- DE CRISTOFARO, G. y ZACCARIA, A. (2013, 2ª ed). *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Milán: CEDAM.
- MAZZEO, M. y BRANDA, S. (2012). Una nuova tutela contro le clausole vessatorie. *Obbligazioni e Contratti*, núm. 5, 386-389.
- MINERVINI, E. (2006). *Dei dontratti del consumatore in Generale*. Turín: Giappichelli.
- (2012). La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore. *Le nuove leggi civili commentate*, núm. 3, 563-573.
- MINERVINI, V. (2013). Nuove Prospettive Della Funzione Sanzionatoria Delle Autorità Indipendenti. *Concorrenza e Mercato*, núm. 1, 163-192.
- PANDOLFINI, V. (2012). La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie. *Il Corriere Giuridico*, núm. 2, 47-60.
- POSMON, E. (2013). La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie: luci e ombre di un modello di controllo. *Le nuove leggi civili commentate*, núm. 4, 823-849.
- QUERCI, A. (2013). Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie. *Contratto e Impresa*, núm. 2, 446-465.
- ROSSI, L. (2012). La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie. *Obbligazioni e Contratti*, núm. 7, 492-497.
- REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (directores) (2011), *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid: Iustel.
- RUMI, T. (2012). Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie. *I contratti*, núm. 7, 638-647.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2018). Dos modelos de control administrativo de las cláusulas abusivas: España y Reino Unido. *Revista de Derecho Civil*, núm. 2 (abril-junio), 243-272.

- TEROL GÓMEZ, R. (2013). 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, L. (dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J.M. *Derecho y Consumo: aspectos penales, civiles y administrativos*, 563-622.
- TIRIO, F. (2012). *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino: Giappichelli.
- ERVINE, W.C.H. (2004). The unfair terms in consumer contracts regulations in the courts. *Scots Law Times*, núm. 21, 127-131.

## NOTAS

<sup>1</sup> Este trabajo se ha elaborado en el marco de una estancia de investigación como profesora visitante en la Universidad de Verona, por invitación del prof. Stefano Troiano, cuya orientación y hospitalidad quiero agradecer muy especialmente.

<sup>2</sup> Una exposición del sistema inglés, que incluye su comparación con el español, en SÁNCHEZ-VENTURA MORER (2018, 243-272).

<sup>3</sup> La Directiva 93/13/CEE fue objeto de trasposición al Derecho inglés a través de The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 a día de hoy sustituida por Consumer Rights Act. 2015.

<sup>4</sup> Información disponible en: <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority/about> [Fecha de consulta 16 de agosto de 2018].

<sup>5</sup> Gazzetta Ufficiale (en adelante, GU) Serie Generale n. 19 del 24 de enero de 2012 - Suppl. Ordinario n. 18.

<sup>6</sup> *Codice del consumo*, Decreto Legislativo, 6 settembre 2005, n. 206 a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229. (GU n. 235 del 8 de octubre de 2005 - Suppl. Ordinario n. 162).

<sup>7</sup> Con anterioridad a la recepción de la Directiva, Italia disponía de un régimen de protección del adherente de carácter formal destinado a asegurar que el adherente conocía de la existencia de las condiciones generales de la contratación. Este régimen se encuentra recogido en los artículos 1341 y 1342 del Código civil, a día de hoy todavía vigentes. *Vid.*, BIANCA (2000, 350 a 352).

<sup>8</sup> Algún autor se refiere a ellos distinguiendo entre el llamado control sucesivo-prescriptivo y control preventivo consultivo. *Vid.*, MINERVINI (2012, 565).

<sup>9</sup> Título completo del Reglamento: *Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411: Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie*, G.U. del 23 aprile 2015, n. 94. Este Reglamento sustituye a un Reglamento anterior de 8 de agosto de 2012 *sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie*, GU Serie Generale n. 200 del 28 de agosto de 2012.

<sup>10</sup> Opiniones de BIANCA y MAJELLO recogidas en RUMI (2012, 643 y 647).

<sup>11</sup> La acción inhibitoria del artículo 37 del *Codice del Consumo*, responde a una especial tutela jurisdiccional que viene reconocida a las asociaciones de consumidores frente al profesional o uniones de empresarios que utilicen, o recomienden la utilización, de condiciones generales de la contratación que resultan abusivas para solicitar el cese en el uso de las mismas. Trae causa del artículo 169 TFUE (*ex art.* 153 Tratado CE) y también de la Directiva 98/27/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a los procedimientos inhibitorios en tutela de los consumidores. El ejercicio de la acción inhibitoria contemplada en el artículo 37 del *Codice del Consumo*, hay que ponerlo en relación con el artículo 140 que regula los aspectos procedimentales básicos de la acción inhibitoria general prevista en

el artículo 139. En este sentido, la acción inhibitoria del artículo 37 propia del ámbito de las cláusulas abusivas, no es más que una especificación de la acción general prevista en el artículo 139 ejercitable para cualquier violación de los derechos de los consumidores previsto en el mismo Código. Por otro lado, el artículo 140.10 del *Codice del Consumo*, señala que la acción inhibitoria prevista en el artículo 37 se ejercita en el sentido y de acuerdo con el procedimiento descrito en el artículo 140.

<sup>12</sup> A día de hoy sustituida por Decreto Legislativo 15 de febrero de 2010, número 23, *Riforma dell'ordinamento relativo alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, in attuazione dell'articolo 53 della legge 23 luglio 2009*, n. 99; GU del 25 febbraio 2010, n. 46.

<sup>13</sup> El artículo 140 bis instaura la acción colectiva resarcitoria, destinada a garantizar la tutela colectiva resarcitoria de una pluralidad de consumidores y usuarios cuyos derechos han sido lesionados por una conducta pluriofensiva de la empresa, productor u oferente de servicios. *Vid.*, DE CRISTOFARO y ZACCARIA (2013, 943 y sigs.).

<sup>14</sup> Todavía podríamos añadir la posibilidad de interponer recurso frente a la resolución de la AGCM: si la entidad afectada no está de acuerdo con el contenido de la resolución, tiene la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135.1 b) del Código del procedimiento administrativo.

<sup>15</sup> La *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* es una autoridad administrativa independiente que desarrolla su actividad con plena autonomía respecto del poder ejecutivo. Su competencia principal es garantizar la libre competencia del mercado a través del control de actuaciones tales como el abuso de posición dominante o las operaciones de concentración. También tiene atribuida la tutela del consumidor.

<sup>16</sup> Traducción libre.

<sup>17</sup> *Cfr.*, TIRIO, (2012, 15-20). De acuerdo con este autor, el término *enforcement* hace referencia, con carácter general, a todo el conjunto de mecanismos e instrumentos jurídicos que tratan de garantizar el cumplimiento y la efectividad de la regulación, que podrán arbitrase a través de sujetos de carácter público o privado, siendo mucho más común la presencia de los primeros. Entre los sujetos de carácter público, destacan las autoridades independientes a las que se les puede atribuir unas u otras competencias en función de las cuales tendrán una mayor o menor capacidad de intervenir, más o menos directamente, en el mercado. Entre las competencias de una mayor intensidad se encuentra la competencia normativa para aprobar reglamentos. Por otro lado, encontramos algunas funciones *soft law*, que no por ello son menos eficaces como son: la intervención en procedimientos de carácter jurisdiccional, la actividad consultiva, la proposición de políticas, la coordinación entre los distintos sujetos intervinientes en un determinado sector, así como garantizar la observancia de las normas sin que sea necesario la utilización de instrumentos de carácter sancionatorio, que resultan ser normalmente mucho más costosos. Es en esta última función donde se encuadra la actuación de la AGCM en lo que se refiere a las cláusulas abusivas.

<sup>18</sup> Dichos artículos recogen a grandes rasgos el régimen de incorporación de las condiciones generales de la contratación a los contratos en general y que responde al control formal de estas condiciones existente en Derecho italiano con anterioridad a la trasposición de la Directiva 93/13/CEE. *Vid.*, BIANCA, (2000, 350-352).

<sup>19</sup> *Vid.*, también, ANGELONE (2014, 19); PANDOLFINI (2012, 50); MINERVINI (2012, 569) y ANGELONE (2016, 529).

<sup>20</sup> AGCM, Provv. 27 de marzo de 2013, n. 24288 (CV28), apartado 28; Provv. 11 de junio de 2013, n. 24400 (CV33), apartado 58 y Provv. 9 de octubre de 2013, n. 24544 (CV47), apartado 39. Disponibles en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausedivessorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

<sup>21</sup> La solicitud se remitirá en formato papel o en formato electrónico (art. 23.2 Reglamento de 2015).

<sup>22</sup> El responsable del procedimiento es un funcionario de la AGCM cuya función principal es la de recopilar toda la información que resulte necesaria y útil para la actividad de evalua-

ción que realizará el *Collegio*, órgano encargado de decidir si la cláusula es o no finalmente abusiva. *Vid.*, artículo 3 Reglamento de 2015.

<sup>23</sup> Se entiende aplicable el artículo 4 del Reglamento que señala que la solicitud deberá contener en primer lugar los datos personales y de contacto del solicitante, los elementos suficientes que permitan identificar cuál es la cláusula en cuestión así como cualquier otro elemento que pueda resultar útil para que la Autoridad lleve a cabo su evaluación (eventual reclamación realizada al profesional, copia de la correspondencia mantenida). *Vid.*, POSMON (2013, 826) y ANGELONE (2016, 532).

<sup>24</sup> Estas causas se encuentran recogidas en el artículo 5 del Reglamento. A estos supuestos generales podríamos añadir dos supuestos más. Se procede al cierre del procedimiento de manera anticipada cuando la cláusula objeto de discusión responde a un comportamiento aislado, o bien la cláusula forma parte de un mensaje publicitario o práctica comercial manifiestamente incorrectos, por lo que esa cláusula no induciría a error al consumidor en ningún caso. *Vid.*, BONACCORSI, (2013, 40-41).

<sup>25</sup> Solo en un supuesto la empresa no procedió a la eliminación de la cláusula, *vid.*, AGCM, Provv. 4 de mayo de 2017, n. 26599 (CV149), disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

<sup>26</sup> El *Collegio* es el órgano decisorio sobre el que recae la competencia de declarar si una cláusula es o no abusiva. El *Collegio* está formado por tres personas, una de ellas ejerce la función de presidente. Los miembros son nombrados por el presidente del Congreso y del Senado. Sus cargos duran 7 años y no son renovables.

<sup>27</sup> Traducción libre. Artículo 23.4 del Reglamento de 2015: «Ad eccezione dei casi di particolare gravità, qualora sussistano fondati motivi tali da ritenere che clausole inserite in contratti tra professionisti e consumatori di cui all'articolo 37-bis, comma 1, del Codice del Consumo siano vessatorie, il responsabile del procedimento, dopo averne informato il Collegio, può informare per iscritto il professionista della probabile vessatorieta' della clausola contrattuale (moral suasion)».

<sup>28</sup> *Vid.*, también, BONACCORSI (2013, 41).

<sup>29</sup> AGCM, Provv. 27 de marzo de 2013, n. 24288 (CV28), disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

<sup>30</sup> Plazo que se amplía a 210 días en el caso de que la empresa tenga su domicilio en el extranjero (art. 23.5 Reglamento de 2015).

<sup>31</sup> En concreto, el artículo 23.6 del *Codice del Consumo* se refiere a: las asociaciones representativas de los intereses de los empresarios a nivel nacional, la Cámara de Comercio, las asociaciones de representación de consumidores a nivel nacional, así como cualquier otra asociación o unión interesada en la cláusula objeto de valoración por razón de su experiencia en el sector.

<sup>32</sup> En este sentido, el artículo 137 del *Codice del Consumo* reconoce a las Asociaciones de consumidores un papel clave en la tutela de los intereses generales de los consumidores.

<sup>33</sup> Así lo reconoce la AGCM en las relaciones anuales sobre la actividad desarrollada. A título de ejemplo: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta 2016*, publicado el 31 de marzo de 2017, disponible en: [http://www.agcm.it/dotcmsDOC/relazioni-annuali/Relazioneannuale2016/Relazione\\_annuale\\_2017.pdf](http://www.agcm.it/dotcmsDOC/relazioni-annuali/Relazioneannuale2016/Relazione_annuale_2017.pdf) [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018], 31. *Vid.*, también, ANGELONE (2016, 536).

<sup>34</sup> En el procedimiento de 9 de octubre de 2013, n. 24544 (CV47), la AGCM se había dirigido a la Cámara de Comercio solicitando su parecer sobre determinadas cláusulas incorporadas a contratos de mantenimiento de ascensores e instalación de plataformas elevadoras de carácter móvil. Disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

<sup>35</sup> Traducción libre. Artículo 12.1 Reglamento de 2015: «Il responsabile del procedimento acquisisce nel corso dell'istruttoria ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie. A tal fine può richiedere informazioni e documenti ad ogni soggetto pubblico o privato».



<sup>36</sup> Vid. también, DE CRISTOFARO y ZACCARIA (2013, 429) y ANGELONE (2014, 26).

<sup>37</sup> Todas las actuaciones previstas en este apartado encuentran su fundamento en la Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato. (GU Serie Generale n. 240 del 13 de octubre de 1990).

<sup>38</sup> En su apartado tercero, este artículo señala que las partes podrán hacerse representar por su abogado o bien por una persona de su confianza que acredite, mediante la exhibición del correspondiente poder, dicha facultad de representación.

<sup>39</sup> AGCM, Provv. 27 de marzo de 2013, n. 24288 (CV28); Provv. 11 de junio de 2013, n. 24400 (CV33); Provv. 9 de octubre de 2013, n. 24544 (CV47); Provv. 25 de junio de 2014, n. 24997 (CV61); Provv. 1 de agosto de 2014, n. 25052 (CV92); Provv. 4 de mayo de 2017, n. 26599 (CV149); Provv. 9 de agosto de 2017, n. 26729 (CV157). Más casos disponibles en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

<sup>40</sup> Así lo han destacado numerosos autores: DE CRISTOFARO y ZACCARIA (2013, 425); PANDOLFINI (2012, 52); QUERCI (2013, 456); ANGELONE (2016, 546) y MINERVINI (2012, 571). También lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, sirva como ejemplo: TAR Lazio, 6 de junio de 2018, n. 6321, cv 146.

<sup>41</sup> Artículo 34.1 *Codice del Consumo*: «La vessatorieta' di una clausola e' valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende». Vid., PANDOLFINI (2012, 52-53).

<sup>42</sup> En este sentido: Provv. 1 de agosto de 2014, n. 25052 (CV92), disponible en: <http://www.agcm.it/consumatoreclausole-vessatorie/provvedimenti-sp-88229753.html>, [Fecha de consulta 29 de junio de 2018], apartado 39. Vid., también ANGELONE (2016, 548).

<sup>43</sup> En este sentido: AGCM, Provv. 9 de octubre de 2013, n. 24544 (CV47), disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 03/11/2018], apartado 69.

<sup>44</sup> En Italia recibe el título de lista *grigia* (lista gris). Vid., artículo 33.2 del *Codice del Consumo*.

<sup>45</sup> AGCM, Provv. 25 de junio de 2014, n. 24997 (CV61), disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018], apartado 22.

<sup>46</sup> Traducción libre.

<sup>47</sup> Según la AGCM en el periodo 2012-2016, son 31 los casos que han finalizado con propuesta de la empresa para proceder a la modificación de la cláusula. Vid., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta 2016*, publicado el 31 de marzo de 2017, <http://www.agcm.it/pubblicazioni/relazioni-annuali> [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2018], 229. Vid., también, DE CRISTOFARO y ZACCARIA (2013, 429-430) y ANGELONE (2016, 541).

<sup>48</sup> En todos los casos excepto en uno que afectaba a una empresa de servicios de telefonía móvil, AGCM, Provv. 4 de mayo de 2017, n. 26599 (CV149), disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 03/11/2018].

<sup>49</sup> Traducción libre.

<sup>50</sup> Traducción libre.

<sup>51</sup> Cfr., MINERVINI (2013, 174-188). Este autor desarrolla y destaca como ejemplo las llamadas *decisioni con impegni* (decisiones de compromiso) que tienen su origen en el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Se trata de una medida de carácter administrativo cuyo contenido principal es la aceptación de la solución planteada por la empresa de cara a remediar el ilícito cometido. Se trata de una solución que, en todo caso, será valorada de conformidad a su capacidad para remediar los daños causados, así como el beneficio que pueda traer consigo a nivel general sobre los distintos intereses

presentes en el mercado, tanto en el ámbito de la competencia como de la protección de los consumidores.

<sup>52</sup> Sin embargo, la AGCM en octubre de 2017 se dirigió al legislador poniendo de manifiesto la necesidad de dotar a la agencia de poderes similares a los que goza en materia de prácticas comerciales desleales o publicidad engañosa de cara a garantizar la efectividad de la protección de los consumidores respecto al uso de cláusulas abusivas. Considera que la mera publicación de la decisión en el sitio de internet otorga una protección algo precaria. *Vid.*, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta 2017*, publicado el 31 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.agcm.it/pubblicazioni/relazioni-annuali> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018], 240.

<sup>53</sup> Existe algún autor que se ha referido a la posibilidad de someter al procedimiento de *interpello* también las cláusulas que ya estén siendo utilizadas por el empresario; *vid.*, PANDOLFINI (2012, 56).

<sup>54</sup> Formulario disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessorie/> [Fecha de consulta 03/11/2018].

<sup>55</sup> Traducción libre. artículo 24.2 Reglamento del 2015: «2. Ai fini del prodursi degli effetti di cui al comma 3 dell'articolo 37-bis del Codice del Consumo, l'impresa richiedente l'interpello deve indicare compiutamente le ragioni e gli obiettivi che motivano l'inserimento della singola clausola, la sua non vessatorieta' anche in relazione all'eventuale rilevanza di altre clausole contenute nel medesimo contratto o in altro contratto al quale il primo e' collegato o dal quale dipende, nonche' le modalita' e circostanze in cui avverra' la negoziazione e conclusione del contratto».

<sup>56</sup> Este plazo podría ampliarse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.4 del Reglamento de 2015 en el caso de la que empresa haya proporcionado información inexacta o no veraz.

<sup>57</sup> El artículo establece: «Le clausole non ritenute vessatorie a seguito di interpello non possono essere successivamente valutate dall'Autorita' per gli effetti di cui al comma 2».

<sup>58</sup> Hasta el momento solo se registra un caso en el que la entidad haya recurrido la decisión de la AGCM (TAR Lazio Roma ord. 22 maggio 2013, n. 2011. Disponible en: [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)).

<sup>59</sup> En general en lo que se refiere a la coordinación en los distintos instrumentos de tutela judicial y administrativa, *vid.*, DE CRISTOFARO y ZACCARIA (2013, 433); BONACCORSI (2013, 55); QUERCI (2013, 459-460) y ANGELONE (2016, 549).

<sup>60</sup> Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el caso de se ejercite una acción inhibitoria (en el sentido del artículo 37 o 140 del *Codice del Consumo*) estando pendiente un procedimiento de carácter administrativo, se suspende el procedimiento judicial a la espera de la resolución definitiva de la Administración.

<sup>61</sup> Información disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessorie/provvedimenti-ed-estratti> [última consulta realizada: 3 de noviembre de 2018]. Por ejemplo, en el 2018, tan solo se registraron 6 casos relativos a cláusulas abusivas, *vid.*, *Relazione annuale sull'attività svolta 2018*, publicado el 31 de marzo de 2019, 195. Disponible en: <https://www.agcm.it/pubblicazioni/dettaglio?id=1cefe1c2-db85-43b7-b8fecf2e3741986d&parent=Relazioni%20annuali&parentUrl=/pubblicazioni/relazioni-annuali> [Fecha de consulta 15/07/2019]. De la información disponible, se puede comprobar como la actuación de la AGCM ha ido dirigida, en una primera etapa a sectores específicos como el inmobiliario, el alquiler de vehículos, los contratos de mantenimiento de ascensores o los contratos de seguridad y vigilancia privadas. Recientemente, la AGCM ha comenzado a publicar los casos que finalizan de manera anticipada en los que la empresa procede a remover de manera voluntaria la cláusula con anterioridad a la apertura de la fase de instrucción en virtud de lo dispuesto en el artículo 23.4 del Reglamento de 2015. Se registran 3 casos en materia de cláusula abusivas: MS-CV20 - Autonoleggio-condizioni generali di contratto de 9 de mayo de 2014, MS-CV39 - Condizioni di contratto - servizi fitness de 7 de mayo de 2014 y MS-CV51 Russano - Contratti di vendita e manutenzione ascensori de 7 de enero

de 2014. Información disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/esiti-moral-suasion> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

<sup>62</sup> AGCM, Provv. 11 de mayo de 2017, n. 26596 (CV154), disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

<sup>63</sup> Vid., *Relazione annuale sull'attività svolta 2018*, publicado el 31 de marzo de 2019, 204. Disponible en: <https://www.agcm.it/pubblicazioni/dettaglio?id=1cefe1c2-db85-43b7-b8fecf2e3741986d&parent=Relazioni%20annuali&parentUrl=/pubblicazioni/relazioni-annuali> [Fecha de consulta 15/07/2019].

<sup>64</sup> Para el año 2013, vid., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta 2013*, publicado el 31 de marzo de 2014, 164. Para el año 2014, vid., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta 2014*, publicado el 31 de marzo de 2015, 240 y para el año 2015, vid., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta 2015*, publicado el 31 de marzo de 2016, 210. Las memorias anuales de la actividad desarrollada por la AGCM se encuentran disponibles en: <http://www.agcm.it/pubblicazioni/relazioni-annuali> [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2018].

<sup>65</sup> Vid, entre otras, STS núm. 1127/2017, de 27 de junio (*RJ* 2017, 3171); STS núm. 1557/2017, de 16 de septiembre (*RJ* 2017, 4672); STJ Andalucía núm. 14455/2016, de 31 de marzo (*JUR* 2017, 51562); STJ Andalucía núm. 197/2017, de 16 de febrero (*JUR* 2017, 162055); STSJ Castilla-La Mancha núm. 78/2001, de 28 de septiembre (*JUR* 2001, 328294) o STSJ de Castilla-La Mancha núm. 82/2001, de 2 de octubre (*JUR* 2002, 14078).

*(Trabajo recibido el 11-4-2019  
y aceptado para su publicación el 27-5-2019)*