

GRADO EN DERECHO
2014/2015

EXCLUSIÓN EMPRESARIOS Y PROFESIONALES DEL CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Trabajo realizado por: Estela Brión Berdote

Trabajo dirigido por: Igone Altzelai Uliondo

ÍNDICE

ÍNDICE	1
I-. INTRODUCCIÓN	2
II-. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: ANTECEDENTES	3
1-. ANTECEDENTES NORMATIVOS	3
Trasposición Directiva 93/13/CEE.....	4
2-. DEFINICIÓN DE CGC.....	6
2-. BREVE REFERENCIA A LA NOCIÓN DE CLÁUSULA ABUSIVA	8
III-. CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES Y DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS	10
1-. PRELIMINAR.....	10
2-. CONTROL DE INCORPORACIÓN.....	12
A) Requisitos de Incorporación (artículo 5 LCGC)	14
B) Control de incorporación en el artículo 7 LCGC	16
3-. CONTROL DE CONTENIDO.....	17
IV-. EXCLUSIÓN DE LOS EMPRESARIOS Y PROFESIONALES DEL CONTROL DE CONTENIDO	19
Categorías de Adherentes	20
2-. MARCO NORMATIVO.....	22
3-. COMENTARIO CRÍTICO.....	25
4-. EL CONTROL APLICABLE A EMPRESARIOS Y PROFESIONALES. 28	
A) Control mediante normas generales del Código Civil	28
B) ¿Una posible aplicación analógica del control de contenido a las condiciones utilizadas por un no consumidor?.....	32
C) ¿Qué quiso decir el legislador?	33
IV-. DERECHO COMPARADO	37
4.1 ITALIA.....	38
4.2 SISTEMA FRANCÉS O NÓRDICO.....	40
4.3 ALEMANIA.....	41
V-. POSIBLES SOLUCIONES.....	42
VI-. BIBLIOGRAFÍA.....	44

I-. INTRODUCCIÓN

La contratación a través de las condiciones generales se trata de una práctica realmente extendida en las últimas décadas. Tal ha sido su evolución que, a día de hoy resulta normal contratar bajo este tipo de condiciones en ciertos sectores. Como es de esperar, su rápida y potente expansión en la práctica ha obligado tanto a tribunales como al legislador a aclarar continuamente diversos extremos respecto de las mismas.

A modo introductorio y con el fin de ir centrándonos en la materia, debemos apuntar que las condiciones generales de la contratación son aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (artículo 1 LCGC). Lo que de modo coloquial, conocemos como “la letra pequeña de los contratos”. Ello no quiere decir, en un principio, que se vaya a tratar de cláusulas abusivas, ya que éstas solo lo serán si son contrarias a la buena fe y causan un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (art 83 LGDCU).

En la actualidad, no son pocos los conflictos que redundan sobre el tema a debatir. No solo a nivel de discusión jurídica o doctrinal, sino que diversos colectivos y no exclusivamente los consumidores como se tratará de hacer ver en el siguiente escrito se han visto realmente afectados por su regulación. Estos últimos años las cláusulas abusivas en lo que se refiere a las condiciones generales de la contratación más sonadas son las bancarias; caso de ello son las cláusulas de vencimiento anticipado, las cláusulas techo-suelo, las preferentes... pero... ¿qué sucede con la contratación entre profesionales y empresarios?

El presente trabajo va dirigido a realizar en la medida de lo posible una crítica constructiva en base a por qué el control de contenido de las condiciones generales que determinan la nulidad de una cláusula no es aplicable a la contratación llevada a cabo entre empresarios y profesionales. Ya que, es fácilmente perceptible que, los consumidores han quedado realmente protegidos con la Ley de Defensa de

Consumidores y Usuarios¹ y la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación², teniendo a su disposición dos tipos de control: de incorporación y de contenido. Pero no así los empresarios y profesionales, ya que el ámbito subjetivo de la primera de las citadas normas en cuanto a control de contenido se refiere, no alcanza a los mismos.

En cierto modo, también llevaremos a cabo un breve recorrido por la regulación de las condiciones generales de la contratación en otros Estados de la Unión Europea, puesto que la normativa para poner coto a las cláusulas abusivas viene dada por la Directiva Europea 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071), de 5 de abril de 1993 y como es de deducir, el modo de trasponerla no ha sido el mismo en todos los Estados miembros.

Para ello, creo necesario comenzar explicando la regulación actual de las condiciones generales de la contratación en el Estado Español para posteriormente poder centrarnos en el tema que nos atañe.

II-. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: ANTECEDENTES

1-. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Como punto de partida, los códigos del siglo XIX se posicionaban en el principio de la libre autonomía de la voluntad a la hora de que las partes establecieran las cláusulas que consideraran oportunas en su contrato, dando por hecho que las partes se encontraban en una situación de igualdad a los efectos de determinar, tras negociar individual y personalmente, el contenido del contrato.

Ciertamente, la realidad de estos días ha terminado demostrando que esa situación cada vez se da con menos frecuencia, bien porque muchos contratos no pueden ser discutidos individualmente, ya puede ser por falta de tiempo o bien, porque las partes no tienen la misma capacidad para discutir las cláusulas contractuales. Es por ello que nace la contratación en masa o en serie, en la cual una de las partes se limita a adherirse a un contrato en el que ciertas cláusulas llamadas condiciones generales, esto es, redactadas anteriormente por una de las partes.

¹ 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. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de noviembre de 2007, nº 287

² Ley 7/1998, de 13 de abril, por la que se regulan las Condiciones Generales de la Contratación. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de abril de 1998, nº 89

Tal ha sido su expansión en la actualidad, que el legislador tanto Europeo como Español se vieron en la obligación de introducir normas que regularan éste ámbito de contratación, puesto que dadas sus especiales características, la teoría general de contratos quedó manifiestamente desfasada en lo que a condiciones generales se refiere. Éste fenómeno se regula en España como ya se ha citado con anterioridad en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), pilar central en nuestra tarea.

La paulatina maxificación de éste tipo de contratación a traído a colación que la naturaleza jurídica de la misma haya sido ampliamente discutida. No es nuestro objetivo en éstas líneas hacer un minucioso epígrafe sobre ello, puesto que existe una abundante bibliografía al respecto³, sino más bien dejar apuntadas brevemente las dos posiciones contrapuestas existentes.

Por una parte, existe la “concepción normativa” de las condiciones generales, la cual estima que éstas son una verdadera fuente de Derecho objetivo⁴, y por otra, la “concepción contractual” para los cuales la defienden, las condiciones generales solamente son fruto de la autonomía de la voluntad, generadoras de una disciplina contractual pero en ningún caso generadoras de Derecho objetivo⁵. No es menos cierto que, ante esas dos posiciones tan definidas, también debemos mencionar que también hay pluralidad de posiciones eclécticas al respecto ⁶.

Finalmente cabe aclarar que, la LCGC abordó la controversia y dotó de claridad la discusión, asumiendo la llamada concepción contractual de las condiciones generales de la contratación ya que se ha postulado por considerarlas como cláusulas contractuales predispuestas por una de las partes.

Trasposición Directiva 93/13/CEE

La regulación de las condiciones generales de la contratación viene dada en el Sistema Español por medio de dos textos normativos: la anteriormente mencionada LCGC y el Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba la Ley General para

³ Caso de ello es la obra de ALFARO AGUILA-REAL, JESUS., *Las condiciones generales de la contratación*, Ed Civitas, Madrid, 1991, Pags 41 a 79 donde se desarrolla de forma extensa una amplia teoría sobre las concepciones normativa y contractualista de las condiciones generales de la contratación.

⁴ E. LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil I*, Boch, Barcelona, 1950, p. 255

⁵ DE CASTRO, F. *Anuario de Derecho Civil* 14/1, 1961, p. 302-318

⁶ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. y SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J, *Instituciones de Derecho Mercantil II*, Aranzadi, Pamplona, 36ª ed. 2013. Pags 200 a 300

la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU), ambos como consecuencia de la trasposición de la Directiva Europea 93/13/CEE ⁷ (en adelante Directiva 93/13/CEE). La primera de ellas, perseguía un doble objetivo, por una parte recoger la regulación sobre condiciones generales de la contratación de forma general por primera vez en nuestro país, aplicable tanto a empresarios como profesionales, y por otra, trasponer la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores.

En aquel entonces, ya comenzaba la mencionada forma de contratación a crear problemas, sobre todo en los contratos entre empresarios y consumidores, en los que se consideraba al consumidor y así se plasmó en la directiva como la parte débil de los contratos. De este modo, la Directiva 93/13/CEE al respecto, trató de proporcionar una senda protección a dicho colectivo por medios de sus preceptos.

Resulta trascendental de cara al desarrollo del trabajo saber que en un primer momento, existían dos orientaciones respecto al caso sobre cómo trasponer la Directiva. Una primera protagonizada por el Ministerio de Justicia, supondría la elaboración de una Ley especial sobre condiciones generales de los contratos, aplicable, en principio, a todo tipo de contratos (al igual que en Alemania con la AGBG-Gesetz)⁸. Además, la sección mercantil de la Comisión General de Codificación tiene elaborado desde hace tiempo un Anteproyecto con éstas características. Y una segunda, protagonizada por el Ministerio de Sanidad y Consumo, la cual consistiría en una modificación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, limitando por consiguiente, su ámbito de aplicación a los contratos de consumo.

Finalmente, la forma en la que el Estado Español decidió trasponer dicha directiva, fue a través de dos textos normativos que han sido citados anteriormente: la LDCE y LGDCU.

En cierto modo, la trasposición de la Directiva resulta cuestionable y será un punto clave en la exposición que vamos a llevar a cabo, quizá a modo de opinión personal habría sido mejor elaborar una Ley que contuviese una regulación tanto de Condiciones Generales de la Contratación como cláusulas abusivas aplicable a todo tipo de contratos, fuera cual fuere la condición de sus contratantes (empresarios o consumidores) evitando así, las lagunas, discrepancias y diferencias que actualmente

⁷ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, *Diario Oficial* L 095 de 21/04/1993 p.29-34

⁸ REICH, N., "La experiencia práctica de la ley alemana sobre condiciones generales de los contratos", *Estudios sobre Consumo* 6, 1985. Pag 1

acaecen a nuestra regulación, cuestión que será debatida en diversas ocasiones más adelante.

2-. DEFINICIÓN DE CGC

Resulta indispensable antes de entrar en la materia en concreto, dar unas pequeñas pinceladas sobre las Condiciones Generales de la Contratación (en adelante CGC) ya que se tratan de un fenómeno que hasta hace unas décadas era novedoso, y por tanto resulta necesario tener claro tanto su definición como los requisitos que han de cumplirse para encontrarnos ante una CGC.

Centrándonos en la LCGC, es el artículo 1 el que recoge tanto la definición como los requisitos que han de cumplir las mismas, este artículo acoge en su seno el ámbito objetivo, el cual debemos explicar antes de entrar con el ámbito subjetivo. El Artículo 1 LCGC dice lo siguiente:

1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

El modo en el que recoge el ámbito objetivo podemos ver que es en base a cuatro requisitos que éstas han de cumplir para ser consideradas CGC y consecuentemente les sea de aplicación la mencionada norma: contractualidad, predisposición, imposición, incorporación y generalidad. Ello nos lleva a hablar, aunque sea de forma breve de los cuatro requisitos comúnmente conocidos para considerar una cláusula como condición general.

En primer lugar tenemos el requisito de la contractualidad. En base a este, podemos decir que la noción de CGC solamente tiene sentido en relación a cláusulas que están destinadas a ser incorporadas en un contrato. Ahora bien, siempre que no se

traten los contratos mencionados en el artículo 4 LCGC, pues éstos últimos quedan fuera del ámbito de aplicación de la LCGC expresamente, de este modo quedará excluidos, los contratos de trabajo, de constitución de sociedades, los que regulan relaciones familiares y los contratos sucesorios.

En segundo lugar, debemos hacer alusión a la predisposición, la cual supone una previa elaboración de la cláusula por el empresario destinada a integrarse en el contrato y sin haber sido negociada con quien se va a adherir al mismo. En realidad disposición es un equivalente a redacción previa⁹.

Es necesario saber que, cuando decimos predisposición, no nos estamos refiriendo situaciones tales como que, una de las partes tome la iniciativa de preparar un documento contractual, escriba las cláusulas que tenga por conveniente y las remita a la otra parte para que manifieste su conformidad e incluso incorpore las que por su parte crea necesario. Sino que, hace falta que con anterioridad a la celebración del contrato, o de forma simultánea, la parte predisponente tenga la intención de usar las cláusulas en todo tipo de relaciones de la misma naturaleza, de modo que no se agotarán en esa relación individual.

En tercer lugar tenemos la imposición, esto es, la cláusula o estipulación no ha debido ser negociada individualmente por el consumidor, sino que éste ha debido de adherirse al contrato sin más consideraciones. Esto es, nos estamos refiriendo a contenidos contractuales que el consumidor no se ha detenido a analizar y redactar conjuntamente con el empresario. En concreto, lo que se pretende es proteger al consumidor de aquellos contenidos que realmente no se ha detenido a ponderar detenidamente, y respecto de los cuales no ha consentido de forma plena, más allá de su voluntad de adherirse en bloque a lo propuesto por el empresario. Lo que en estos casos sucede es que, el adherente contrata en base a las condiciones individuales que sí ha negociado con el empresario pero no teniendo en cuenta las generales, las cuales, puede conocer o incluso ni siquiera llegar a ello.

Por último debemos hacer referencia a la generalidad. Ésta se da cuando las condiciones generales han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. En realidad es éste último requisito el que ha generado más problemas, en el sentido que, de faltar la generalidad, no importa que se cumplan el

⁹ Vid. ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO y MIQUEL RODRÍGUEZ JORGE (coordinadores), *Comentarios a la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1999. Pag. 25

resto de requisitos, ya que ya no se considerará esa cláusula como CGC, y consecuentemente no le será de aplicación la LCGC pero sí la LGDCU en lo que a control de contenido se refiere, puesto esta norma, considerará abusivas incluso cláusulas que no tengan por qué tratarse de CGC.

Las consecuencias no son ínfimas, la LDCU sí que acogería en su seno este tipo de cláusulas que no cumplen el requisito de la generalidad, pero el problema es evidente: la LGDCU sólo se aplica a consumidores. Y con motivo de ello, los empresarios y profesionales no podrán alegar la nulidad de cláusulas en sus contratos que no gocen de tratarse de una condición general.

2-. BREVE REFERENCIA A LA NOCIÓN DE CLÁUSULA ABUSIVA

Resulta necesario de cara al relato de los siguientes epígrafes tener claros los conceptos tanto de CGC y Cláusula abusiva, puesto que, no son tratadas por el mismo cuerpo legal, a pesar de encontrarse ínfimamente relacionadas puesto que la LDCU hace referencia a ellas. En caso de hablar de cláusulas abusivas, es la LDCU la que debemos consultar y no la LCGC. Al tenor del artículo 82 LDCU una cláusula abusiva es lo siguiente:

- 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.*

Cabe matizar algo más sobre las cláusulas abusivas, debemos diferenciar por una parte, el artículo 82 LDCU que recoge es la regulación de la cláusula general prohibitiva, esto es, aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en todo caso serán nulas, siempre que sean contrarias a la buena fe o causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes. Por otro lado, el artículo 83 prevé la nulidad de las cláusulas abusivas y la subsistencia del contrato. Y por último, los artículos 85 a 90 recogen supuestos de cláusulas que siempre se considerarán abusivas o también conocido este clausulado como lista negra. Todo ello engloba la normativa que la LDCU recoge sobre las cláusulas abusivas, o también conocido como control de contenido.

Centrándonos un poco más en la materia, es preciso profundizar un poco más los conceptos recogidos en el artículo 82.1 LGDCU el cual recoge aquellos requisitos

que debe reunir una cláusula para poder ser considerada abusiva. El primero de ellos se trata la “no negociación” de la misma. Esto es, la norma no prevé el control de contenido de todas las cláusulas, sino el de aquellas que no han sido negociadas individualmente. Se entiende que una cláusula no es negociada al amparo de la Directiva 93/13/CEE cuando el consumidor no haya podido influir sobre su contenido. Por tanto, se aplica a toda cláusula predispuesta unilateralmente por una de las partes y aceptada por la otra que no haya querido o bien no haya podido establecer una negociación al respecto.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta “la regla de la buena fe” como otro requisito más. La noción de buena fe en este caso equivale en cierto modo a no incluir cláusulas que derogan injustificadamente la ley dispositiva. Por lo tanto, lo que ha de llevarse a cabo es una comparación entre la cláusula predispuesta y la regla de derecho dispositivo. En cierto modo, es la forma de adaptar la noción de la buena fe que recoge el CC en su artículo 1.258, en el sentido que, la conducta llevada a cabo que en este caso es la redacción y predisposición de la cláusula han de tratarse de una conducta que los contratantes leales y honrados habrían pactado¹⁰.

En último lugar, haremos referencia al “desequilibrio de los derechos y obligaciones”, ya que para que una cláusula sea abusiva no se exige solamente una contravención de los deberes de honradez o éticos que los cánones de la sociedad imponen a las personas cuando actúan en el tráfico jurídico, sino que además esa contravención debe de traducirse en un fuerte desequilibrio contractual de las partes en perjuicio, en este caso, del consumidor. Lo que en esencia se pretende evitar por medio de este requisito es que existan entre las partes posiciones que impliquen una atribución desproporcionada de derechos y ventajas al predisponente, lo que consecuentemente implica una posición de desventaja y obligaciones incrementadas para el adherente.

Es necesario apuntar que el artículo 82.1 no se refiere a un desequilibrio económico que pueda afectar al precio o a las condiciones esenciales del contrato, sino que se refiere al desequilibrio jurídico, normativo o de posiciones contractuales. Ello es así porque la Directiva 93/13/CEE, excluye de control de contenido aquellas cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato o a la ordenación entre precio y retribución, puesto que se presume que esos pactos sí han sido negociados entre las partes. Sobre

¹⁰ Vid MARTINEZ DE SALAZAR BASCUÑANA. LUCIO., *Condiciones Generales y Cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, EDICIP, Cádiz, 2002

esto último volveremos, aunque sea de forma breve, puesto que actualmente existen pluralidad de controversias al respecto¹¹.

A pesar de lo dicho, es necesario apostillar que una condición general será abusiva si, siendo contraria a las exigencias de la buena fe, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La realidad es que, podrán ser abusivas todas aquellas estipulaciones que cumplan el supuesto de hecho que en el precepto se menciona, se traten de condiciones generales o no. Pero como podemos ver, el artículo traído a colación en gran medida se centra en el contenido de las cláusulas o condiciones generales, salvaguardando que el contenido de las mismas, no sea desmedido o abusivo.

En cierto modo, el legislador ha ligado las cláusulas abusivas a la normativa de consumidores que se regula en la LGDCU, en el sentido que, tanto la definición de las mismas como la lista negra que ésta contiene con aquellas cláusulas que serán abusivas siempre y en todo caso, sólo serán de aplicación a los mismos y no a los empresarios y profesionales, por haber quedado excluidos de este control como consecuencia del texto que recoge el artículo 8.2 LCGC.

Es necesario apuntar que, como ha sucedido en el presente apartado, durante todo el relato andaremos pivotando entre una norma y otra, puesto que una de las razones por las que los empresarios y profesionales se han visto excluidos del control de contenido es la decisión de haber tratado la materia mediante éstas dos normas, y de forma contradictoria.

III- CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES Y DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

1-. PRELIMINAR

Unas cuantas décadas de experiencia en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, hicieron evidente la necesidad de establecer mecanismos judiciales de control de los contratos en los que la libertad de los contratantes se veía

¹¹ Vid. Sentencia Tribunal Supremo 9 de mayo de 2013. Vid Sentencia Tribunal Supremo 27 de octubre de 2014. Se trata de numerosas sentencias en las que se ha debatido e incluso llegado a considerar nulas cláusulas que aun no siendo cláusulas que directamente se refiriesen al precio, sí influían sobre el mismo (cláusulas techo-suelo) y por tanto no podían ser sometidas al control de contenido, pero sí al de incorporación y en especial al de transparencia.

menoscabada con la inclusión de contenidos abusivos para alguna de las partes. Como consecuencia de ello, una pluralidad de países europeos se pusieron en funcionamiento a ras de dar una respuesta al problema.

Claro está que, el establecer un control a las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas suponía un pulso a los postulados de Derecho contractual, sobre todo y en específico contra la autonomía de la voluntad. Ya que, el establecimiento de un mecanismo de control lleva consigo el constreñir de forma considerable la autorregulación de las relaciones jurídicas más aún cuando en la contratación en masa intervenía el consumidor.

Antes de decidirse, cabe apuntar que existían dos caminos para someter a control judicial el contenido contractual. Por una parte, controlar judicialmente el contenido contractual de todos los contratos en los que interviniera un consumidor. O por la otra, someter a control los contratos celebrados en masa, caracterizados por incluir cláusulas predispuestas, que comenzaron a denominarse “condiciones generales”.

En realidad, el sometimiento a este control de este tipo de contratación por medio de las condiciones generales o cláusulas predispuestas, es completamente necesario. En el sentido que, lo que se somete a control son las cláusulas insertas en un contrato sin posibilidad de negociación, sobre las que no se ha proyectado libremente la voluntad contractual de una de las partes, al venir impuestas por una de ellas. Y es que, justamente en estos casos en los que está ausente la base sobre la que se asienta la autonomía privada.

Dicho de otro modo, someter a control las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, a pesar de que en un principio pueda parecer limitar la autonomía de la voluntad, no es del todo acertado que ello pueda calificarse así. Pues, difícilmente podemos hablar de autonomía de la voluntad si la cláusula ha sido predispuesta por una de las partes sin posibilidad de negociación, y además la contraparte no ha tenido oportunidad real ni de conocer ni pronunciarse sobre ella.

Claro está que el objetivo de este control de contenido no es sino, intentar aportar a la relación contractual mediante condiciones generales de la contratación esa autonomía de la voluntad que a veces falta, porque una de las partes abusa de la otra. En realidad estaríamos hablando de autonomía de la voluntad del predisponente, no así de la del adherente. En definitiva, resultan un medio muy atractivo los contratos de

adhesión en masa para poder “encuadrar” con mayor facilidad la imposición por el contratante poderoso de cláusulas desmedidas o abusivas al adherente.

Una vez dejado claro que el control de las CGC es realmente necesario cuando existe una parte del contrato que es considerada débil (ya sea consumidor o empresario) pasamos a explicar brevemente qué dos tipos de control existen en nuestra normativa actual, y en qué se focalizan cada uno de ellos.

2.- CONTROL DE INCORPORACIÓN

El control de incorporación viene plasmado en la LCGC, concretamente los artículos 5¹² y 7¹³. A través de estas reglas lo que se pretende es asegurar que la emisión del consentimiento contractual es regular, exigiendo para ello la concurrencia de

¹² Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Artículo 5.

- 1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.*

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas

- 2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.*

- 3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.*

- 5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.*

¹³ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación Artículo 7. “ No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- a) Las que el adherente no haya tenido la oportunidad real de conocer de manera competente al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.*
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a éstas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato*

Como podemos dejar brevemente apuntado, ambos artículos son realmente parecidos.

determinadas actividades y conductas por parte del predisponente para poder determinar así cuales son las cláusulas propuestas, que posteriormente serán consideradas como contenido del contrato. Por otro lado, es preciso dejar apuntado que el artículo 80.1 LDCU también incluye este tipo de control en el ámbito de la contratación con consumidores.

Profundizando más en este tipo de control, tal y como aclara la LCGC se trata de un control aplicable sea cual sea la condición del adherente: consumidor o empresario. Y como podemos deducir, se trata de una fase que opera en la perfección del contrato (art. 1258 CC) en la que no se entra a analizar de forma concreta el contenido de cada una de las cláusulas generales, esto es si son válidas o nulas, sino a si lo que se tratará es de determinar si existirán o no en el contrato. Debido a lo expuesto es que éste control sea considerado como un control formal, ya que no sustantivo o de contenido que veremos en el próximo apartado.

En realidad lo que se trata de conseguir con este control es impedir que se efectúe un defectuoso funcionamiento de la libertad contractual, ya que las condiciones generales normalmente no son objeto de lectura atenta por parte de los clientes y consecuentemente no son tomadas en serio por los mismos, llevando ello a situaciones en las que la aplicación de las reglas de los contratos en general sean insuficientes para evitar este tipo de controversias.

Tengamos en cuenta que una regulación específica fue necesaria porque en los contratos que son individuales, el contenido del contrato pasará a formar parte del mismo si ha sido consentido por ambas partes, mientras que en el caso de los contratos celebrados conforme a condiciones generales la ley exige el cumplimiento por el predisponente de ciertos requisitos en el momento de la celebración, para que el contenido sea considerado objeto del contrato. Esto claramente es así, porque como se ha dejado brevemente apuntado, los adherentes no suelen leer las CGC y por tanto, su consentimiento resulta defectuoso por no conocer el contenido contractual que están consintiendo mediante su firma, esto es, por no tener un real conocimiento de las condiciones generales que el contrato contiene.

A continuación trataré de explicar a grandes rasgos en qué consiste este tipo de control. Y además dejaré apuntado sin entrar a trabajarlo en profundidad, que incluso

éste control, a pesar de que se reconoce tanto para empresarios como consumidores, ya contiene una serie de errores y deficiencias manifiestas¹⁴.

A) Requisitos de Incorporación (artículo 5 LCGC)

Al tenor de lo establecido en el artículo 5 LCGC, podemos deducir que indudablemente el control de incorporación de las CGC al contrato, pasa por el deber de información que recae sobre el predisponente. Deber que será de una forma u otra dependiendo de la relación contractual.

Centrándonos en ese *deber de información*, en un contrato escrito cabe matizar que tal y como se ha dejado apuntado en las líneas precedentes, el mismo varía según la forma contractual ante la que se halle uno. En el caso del artículo 5.1 LCGC, esto es, de encontrarnos ante un supuesto de contrato escrito, la información debe de ser expresa, debiendo facilitar un ejemplar de las condiciones generales al adherente (artículo 5.1 párrafo dos) del mismo cuerpo legal. Ahora bien, es preciso aclarar que la norma solamente obliga al predisponente a “informar acerca de su existencia”, y nada dice sobre si en ello ha de entenderse implícito el deber de informar sobre el contenido y alcance de las condiciones generales, matiz que se recoge en el artículo 5.2 LCGC. Por otra parte, nada se recoge tampoco sobre que la copia del ejemplar de las condiciones generales de la contratación sea entregada con anterioridad suficiente a la firma del contrato, correctamente deducible.

Resumiendo, lo que ha de tenerse en cuenta del deber de información, son dos cosas: la primera de ellas es que se informe al adherente de su existencia, y no simplemente eso, sino detallándole tanto el contenido de las condiciones generales como el alcance que las mismas tienen en el contrato. La segunda de las cuestiones es que habrá de serle entregado un ejemplar con las condiciones generales de la contratación que se pretenden incorporar en el mismo.

Ahora bien, este artículo por sí mismo no tiene ningún valor sustantivo, pues su función no es otra que intervenir en la correcta formación de la voluntad contractual del adherente. Es por ello que, dicha voluntad se ve manifestada formalmente en la

¹⁴ FELIÚ REY MI. ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO y MIQUEL RODRÍGUEZ JORGE (coordinadores), *Comentarios a la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1999. pag 54: “Vaya por delante que a juicio de quien realiza este breve comentario, el artículo 5 no es sino una constatación más de la defectuosa redacción e importantes vicios de los que adolece la LCGC”.

aceptación de las condiciones generales de la contratación. Dicha aceptación, debe de llevar consigo un previo conocimiento o simultaneo al menos de las condiciones generales de la contratación, o cuanto menos, la posibilidad de conocerlas efectivamente.

Para que ello sea así, la redacción de las CGC debe responder a unos criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Porque precisamente se persigue la correcta formación de la voluntad contractual, y para ello es necesario que el adherente sea consumidor o no, sepa exactamente lo que las condiciones generales de ese contrato suponen. De este modo, los elementos que deben concurrir para que las CGC se tengan por incorporadas en el contrato son: información, conocimiento por parte del adherente y aceptación de las mismas.

En cierto modo, que se trate de una precisa, clara, sencilla y transparente redacción de las condiciones generales es necesaria, ya que, desde unos inicios, las CGC han solido materializarse con letras dificultosas de leer, en una zona poco visible del contrato, con redacciones ambiguas... factores todos ellos que llevaban al adherente o a no entenderlas, y por tanto no manifestar una voluntad contractual que suponía el pleno conocimiento de las condiciones. O bien, a no prestar atención a su redacción y ni siquiera leerlas por suponer una tarea difícil. Siendo consecuencia inmediata después de esta regulación, que las mismas no sean consideradas como incorporadas al contrato si eso pasa.

Llegados a este punto no debemos olvidar lo que sucede en la práctica, y es que resulta habitual que el adherente se limite a aceptar las condiciones generales, firmando sin más el contrato. Me explico, lo que suele acontecer, es que el adherente firma conforme sabe que existen condiciones generales en ese contrato, pero no se detiene a leerlas, lo que se traduce en que no saber ni el verdadero contenido ni alcance de las mismas. Esto último es lo que ALFARO AGUILA-REAL identifica como "adhesión en barbecho"¹⁵.

En cierto modo, podríamos decir que a pesar del control de incorporación incluido en la norma (doblemente repetido por cierto) en los artículo 5 y 7 LCGC, no es del todo completo y la práctica de las CGC ha tomado otros caminos. En el sentido que, por mucho que los adherentes mediante sus firmas acepten las CGC, su voluntad

¹⁵ ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS., *Las condiciones generales de la contratación*, Ed Civitas, Madrid, 1991 p. 1380.

contractual sigue no siendo correctamente manifestada, porque en realidad no leen las mismas y no llegan a conocerlas de forma real y efectiva, ni su contenido.

B) Control de incorporación en el artículo 7 LCGC

No hace falta detenerse en la lectura de la norma demasiado para poder apreciar que los artículos 5 y 7 LCGC son realmente parecidos. Lo que aporta la diferencia entre uno y otro que nos interesa es que en éste último, es que se recoge tanto la consecuencia jurídica como que se cumplan los requisitos de transparencia: esto es, que las condiciones sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles o que el adherente no haya tenido la oportunidad real de conocer o que no se cumplan los requisitos recogidos en el artículo 5: y es que no quedarán incluidas en el contrato.

Es cierto que el artículo 7 se centra sobre todo en la apreciabilidad y cognoscibilidad de las condiciones generales, quedando fuera del contrato aquellas que no lo sean, por tanto se trata de normas que van dirigidas hacia la necesidad de transparencia de las CGC. Salvo, tratándose de condiciones incomprensibles, se den dos de los siguientes supuestos:

1-. Que exista una declaración expresa del adherente: con ello se intenta asegurar que le mismo, cuanto menos, ha tenido la oportunidad de conocer la existencia de la cláusula

2-. Que dichas condiciones generales cumplan las normas sobre transparencia de las cláusulas contractuales, que rijan con carácter imperativo en el ámbito contractual en que corresponda.

De acuerdo con ALFARO AGUILA-REAL¹⁶ me gustaría dejar apuntado que estas reglas tienen un papel más que secundario en nuestro Ordenamiento jurídico. Ello es así porque teniendo en cuenta que estas normas nacen para garantizar la libertad de decisión de los adherentes, de poco pueden servir a sabiendas de que estos poco saben de su contenido porque no se detienen a leerlas, y por tanto el mismo no actúa de forma determinante sobre el adherente, ni en su decisión de contratar porque justo por ese hecho de que no se molestan ni en leerlas.

De esta forma, es ésta conducta la que habría que conseguir cambiar por medio de una nueva normativa enfocada a paliar esa ausencia de lectura y conocimiento del

¹⁶ ALFARO AGUILA-REAL. JESÚS., *Las condiciones generales de la contratación*, Ed Civitas, Madrid, 1991 p. 194

contenido. Sólo en ese caso dejaran de ser inútiles, porque siendo claros, de poco sirve entregar un ejemplar con las condiciones generales si no se van a leer.

Lo cierto es que, la intención de estas normas ha sido más que frustrada, en el sentido que el predisponente puede entregar un ejemplar con las condiciones generales, quedando libre de su obligación de informar sobre las mismas, pero el adherente puede no leerlas. A fin de cuentas, seguimos ante un anómalo consentimiento, pues el adherente sigue sin conocer ni el contenido ni alcance de las mismas sobre el objeto del contrato.

Intentando ser lo más claros posible, la eficacia de las CGC, como consecuencia de lo explicado es peculiar, puesto que, a la hora de celebrar un contrato en el que existen CGC, uno no contrata en base al contenido de las mismas. Sino al margen de su existencia, uno acepta las cláusulas negociadas individualmente con la otra parte, independientemente de firmar el ser consciente de que en esa contratación existen CGC, pero sin llegar a saber ni su contenido, ni alcance.

Realmente resultaba necesario traer a colación aunque fuera brevemente, el control de incorporación, para poder entender a posteriori la insuficiencia de la que acaece el control de que los empresarios y profesionales pueden hacer valer. Ya que como ya se ha dejado apuntado en diversas ocasiones, estos solo pueden aplicar el control que ahora hemos explicado y no el de contenido o sustantivo de las CGC recogido en el artículo 8 LCGC. Parece claro que de poco puede servir un control que ya es errático en sí¹⁷, e insuficiente, como es el control de incorporación por lo que, la situación de los empresarios y profesionales podemos anticipar que es bastante precaria¹⁸.

3-. CONTROL DE CONTENIDO

El segundo control que se incluyó por medio de la LCGC es el de contenido mediante el artículo 8 LCGC o también conocido como control sustantivo. Es oportuno explicar a grandes rasgos en qué consiste el mismo antes de entrar la materia que es

¹⁷ ALFARO AGUILA-REAL. JESÚS., *Las condiciones generales de la contratación*, Ed Civitas, Madrid, 1991 p.196

¹⁸ PASTOR VITA FRANCISCO JAVIER., "Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios", *La Ley* 6367, 2005. Pag 6: "El hecho de que el clausulado de estos contratos esté sujeto a un control de incorporación es evidentemente insuficiente (...)"

relevante en esta exposición pues son bastantes las cuestiones a analizar respecto a éste artículo.

Resulta necesario dejar apuntado que son varios los modelos posibles a adoptar respecto a este control que se quiere a analizar. Un primer modelo que supone una declaración general de prohibición de la cláusula abusiva, un sistema de prohibición mediante una lista concreta y otro que supone la mezcla de una y otra existiendo así una lista negra (cláusulas que serán abusivas siempre y en todo caso) y una lista gris (en las que cabe prueba y posible apreciación por parte del juez). Bien, la LCGC parte del sistema de lista negra, pero de una forma cuanto menos peculiar. En el sentido que, trata de separar por una parte la normativa referente a las condiciones generales de la contratación y por otra, la protección de los consumidores por otra (cláusulas abusivas).

Esta separación, como resulta de esperar genera la existencia de un doble régimen, de control, por un lado uno para los contratos concluidos con condiciones generales de carácter general en cuyo ámbito subjetivo acoge tanto a empresarios y profesionales como consumidores (art 8.1) y otro para los contratos concluidos con consumidores (art. 8.2) de modo particular y con la referencia a las cláusulas abusivas (mandato proveniente de la Directiva 93/13/CEE).

Al tenor del artículo 8 LCGC, como ya hemos dejado apuntado en el párrafo precedente, podemos distinguir entre dos tipos de regímenes claramente diferenciados en sus dos párrafos.

En primer lugar, el artículo 8.1 LCGC se limita a declarar la nulidad, y por tanto ineficacia de aquellas condiciones generales que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas, que como veremos más adelante se trata de un precepto supérfluo por ya venir contemplado ese supuesto en el artículo 6.3 CC.

Y en segundo lugar, un artículo 8.2 que hace referencia a las cláusulas abusivas, pero circunscribiendo dicho control solamente a los consumidores, ya que el artículo nos remite al artículo 82 LDCU. De este modo, aquellas cláusulas que sean contrarias a la buena fe o causen un desequilibrio en los derechos y obligaciones de una de las partes, serán nulas, por abusivas pero solo para aquellos que gocen de condición de ser consumidores. En ese sentido se lleva manifestado la jurisprudencia reiteradamente durante pluralidad de años¹⁹ resolviendo que la normativa protectora de consumidores recogida en la LDCU no es de aplicación a empresarios y profesionales.

¹⁹ Vid. España. Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1º) 3 de junio de 2013 (AC 1488/2013)

Además, no debemos olvidar que el control de contenido, no se puede llevar a cabo sobre los elementos esenciales del contrato, esto es sobre el precio, objeto y causa. Ahora bien, sin profundizar en la cuestión, las directrices del TJUE²⁰ son contrarias a ésta restricción del control de contenido e incluso ha llegado a afirmar que España no ha traspuesto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13²¹ en la que se abre la posibilidad a los países de incorporar este tipo de control sobre los elementos esenciales.

En cierto modo, ésta se ha tratado de una cuestión realmente controvertida en nuestros tribunales que, finalmente ha venido a desembocar en que el Tribunal Supremo²² ha llegado a declarar la nulidad de ciertas cláusulas que regulaban elementos esenciales del contrato como por ejemplo las cláusulas suelo, pero por no cumplir el requisito de transparencia, o en base al control de incorporación no por su contenido.

IV-. EXCLUSIÓN DE LOS EMPRESARIOS Y PROFESIONALES DEL CONTROL DE CONTENIDO

Una vez explicado el control de contenido, y habiéndonos centrado en la materia conviene matizar que en nuestro Sistema jurídico la nulidad de las condiciones generales de la contratación, pieza clave en lo que a condiciones generales y su control se refiere²³, obtiene una regulación diferente según se trate de contratos entre empresarios o contratos entre empresarios y consumidores.

Realmente esa diversidad, viene establecida en el propio artículo 8 de la LCGC ya que el mismo dispone:

²⁰ Europa. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010: *“una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”*.

²¹ Europa. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010: *“un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”*

²² Vid. España. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo (r. 241/2013)

²³ ALFARO AGUILA-REAL. JESUS., *Las condiciones generales de la contratación*, Ed Civitas, Madrid, 1991 pag 81: *Hablar de régimen jurídico de las condiciones generales es hablar de control de contenido.*

1-. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ella se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2-. En particular, serán nulas las condiciones que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios.

Las consecuencias de ésta redacción, son claras, ya que a pesar de que en un principio la LCGC establezca que sus preceptos se aplican a todos los contratos que incorporen CGC en los términos previstos en la propia norma, tratados con anterioridad y siempre que el predisponente sea un profesional, no importando si el adherente es una persona física o jurídica o un consumidor (art 2 LCGC), posteriormente la propia norma deja fuera del ámbito subjetivo a los empresarios y profesionales a lo que nulidad o control de contenido se refiere.

De este modo, me pregunto al tenor de lo que afirma BUSTO LAGO²⁴, que si la LCGC de 1998 se redactó para transponer a nuestro Ordenamiento jurídico la Directiva 93/13/CEE de cláusulas abusivas, y de paso realizar una regulación de condiciones generales de la contratación, aplicable a cualquier negocio contractual en el que el predisponente fuese un empresario o profesional, con independencia de que la contraparte fuese o tuviese la condición de empresario o no, ¿por qué después se decidió dejar a este colectivo de empresarios y profesionales fuera del ámbito subjetivo del control de contenido?

Categorías de Adherentes

Antes de comenzar me gustaría dar unas pinceladas sobre todo en la distinción doctrinal ²⁵que se ha construido en torno las diversas categorías de adherentes que pueden existir, puesto que no todos los actos en que empresarios y profesionales prestan su adhesión en definitiva pueden quedar desprotegidos al carecer de aplicación la LGDCU.

²⁴ BUSTO LAGO, JOSE MANUEL., “Los contratos de financiación Del consumidor”. *Reclamaciones de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2010 pag 5.

²⁵ PASTOR VITA FRANCISCO JAVIER., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, *La Ley* 6367, 2005. Pag 3.

En primer lugar, sería necesario traer a colación aquella persona física o jurídica que celebra un contrato mediante condiciones generales predispuestas por el otro contratante con la finalidad de obtener algún bien o la prestación de un servicio, siendo posible englobarse en la categoría de adherente al consumidor en su sentido jurídico, es decir, la persona física o jurídica que actúa fuera de su ámbito de actividad profesional como destinataria final del producto o servicio que se adquiere, cuestión aclarada por la jurisprudencia²⁶. Estos consumidores, claro está, gozan de la protección de la LDGCU, siendo posible para los mismos instar la nulidad de las cláusulas abusivas, cuestión que también se deduce del artículo 3, párrafo segundo de la LDGCU.

En segundo lugar, debemos dejar apuntado aquel profesional que concluye con otro un contrato, no actuando en el ejercicio de su actividad profesional, pero no siendo tampoco destinatario final del producto o servicio que sea objeto del contrato (art 2.3 LCGC), sería el caso de los profesionales que adquieren los bienes en calidad de mandatarios o representantes de otra persona por ejemplo. Como se puede apreciar, en un principio este supuesto de hecho parece más controvertido que el anterior. Ya que el empresario o profesional actúa como consumidor en sentido amplio, pero justamente por eso, quedaría excluido del ámbito de protección de la LGDCU. La consecuencia es que, no gozará en esta transacción de la protección de la LGDCU, pero sí al amparo de la LCGC, que contiene un concepto más amplio de consumidor. A modo de resumen gráfico, no quedarán protegidos por el artículo 8.2 LCGC y no podrán instar la nulidad de las cláusulas abusivas.

Por último y en tercer lugar, cabría destacar la categoría de adherente que representa aquel empresario o profesional que concluye con otro un contrato bajo condiciones generales, actuando ambos en el ejercicio de su actividad profesional, ahora bien, para este tipo de relaciones la LCGC prevé de forma exclusiva normas de incorporación en lo que a control se refiere, ya que el control de contenido se rige exclusivamente por la reglas generales de la nulidad contractual.

Son las dos últimas categorías de adherentes y sobre todo en la última las que van a erigir la crítica y descontento tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en

²⁶ España. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (r. 406/2012): *la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto -LGDCU-, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1, 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado".*

ciertos casos. Ya que, muchas veces resultará claro deslindar en qué categoría de adherente nos encontramos, pero no olvidemos que, “las zonas grises” son frecuentes en el mundo jurídico. Y en este caso en concreto, puede resultar difícil de discernir en qué tipo de categoría nos encontramos en función del acto llevado a cabo por los empresarios, siendo esa calificación determinante a la hora de decidir la normativa aplicable y en consecuencia la extensión (mayor o menor según el caso) del control posible de instar.

2-. MARCO NORMATIVO

Conviene apuntar que, no fueron pocas las discusiones respecto al modo de trasponer la Directiva 93/13/CEE en España, cuestión que ya se ha tratado anteriormente en el trabajo y en la que ahora trataremos de profundizar. Realmente, la única deficiencia no es que su incorporación a nuestro Ordenamiento jurídico se llevó a cabo fuera del plazo que la misma establecía²⁷. Conviene centrarse en que en este ámbito subjetivo del control de contenido en específico, fueron varias las discusiones y las enmiendas planteadas.

Ello es así y me gustaría de forma breve abordar éstas enmiendas, con el objetivo de poder entender mejor que esta decisión del legislador es, al modesto juicio de esta escritora un error. Son numerosos los autores que coinciden con esta valoración²⁸. Además, si al momento de redactar la norma, ya hubo discrepancias y posibilidad de incorporar ese control a los empresarios y profesionales, sería cuanto menos gratificante saber el porqué de la decisión del legislador para despojar al protagonista colectivo de pieza tan clave.

A pesar de que ciertos autores sostengan que se trató de un error de redacción²⁹, difícilmente justificable teniendo en cuenta las enmiendas que fueron

²⁷ El plazo límite de trasposición que la Directiva 93/13/CEE contemplaba para los Estados miembros era del 31 de diciembre de 1994. De este modo, la norma que ha tratado de trasponer la misma al Estado Español es la LCGC de 1997, modificando para ello la LGDCU que ya gozaba de vigencia en el Ordenamiento jurídico.

²⁸ PASTOR VITA FRANCISCO JAVIER., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, *La Ley* 6367, 2005.; MIQUEL GONZÁLEZ JM (...);BUSTO LAGO, JOSE MANUEL., “Los contratos de financiación Del consumidor”. *Reclamaciones de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2010

²⁹ PASTOR VITA FRANCISCO JAVIER., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, *La Ley* 6367, 2005. Pag 13: “*Algún autor (como BALLESTEROS GARRIDO), ha querido ver esta decisión legislativa un error de redacción no deliberado por parte del legislador al redactar el apartado 2.º del art.8, pero el análisis de los antecedentes legislativos de la norma nos demuestran que éste era plenamente consciente de*

planteadas, parece ser que, lo que sucedió es que el legislador asumió las tesis mantenidas por la CEOE (Conferencia Española de Organizaciones Empresariales)³⁰ (en la Memoria presentada por dicha organización empresarial sobre el Proyecto de Ley, claro está fielmente representativas de los intereses de un determinado sector del empresariado.

Volviendo a las enmiendas, entre los trámites parlamentarios, destaca la negativa de dos de las mismas cuyo objetivo era extender el ámbito subjetivo del control de contenido establecido en el Proyecto. Una de las enmiendas fue planteada por Coalición Canaria en el Congreso, concretamente la número 3, la misma pretendía incorporar la siguiente enmienda: “aun cuando el contrato se haya celebrado entre profesionales”. Otra de las mismas, la pretendida por el Grupo Socialista a través de la enmienda nº 28, la cual requería introducir el siguiente texto: “aun cuando el adherente no sea un consumidor”³¹.

Claro está que ambas enmiendas tenían un objetivo común: extender el ámbito subjetivo del control de contenido de la LCGC, lo cual nos lleva a deducir que, la exclusión de los profesionales y empresarios del control de contenido, tiene su respaldo total y absolutamente en una decisión política, como afirma MIQUEL³². O tal y como afirma CLAVERÍA³³ toda esta regulación hace sospechar que se trata de un Derecho

su decisión, rechazando en tal sentido sendas enmiendas planteadas al Proyecto de Ley por los grupos parlamentarios Socialista y Coalición Canaria, partidarios de extender el control de contenido a los contratos celebrados entre empresarios”.

³⁰ PASTOR VITA FRANCISCO JAVIER., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, *La Ley* 6367, 2005. Pag 13. Tesis también sostenida por MIQUEL GONZÁLEZ: *Se da así la paradoja, por una parte, se cedió a la sugerencia ultraliberal de la CEOE, al no establecer un control de contenido de las condiciones generales entre empresarios.*

³¹ Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “La nulidad de las condiciones generales”, *Nulidad: estudios sobre invalidez e ineficacia* 1, 2006,

<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=343>.: “Entre los trámites parlamentarios, destaca el rechazo de dos enmiendas dirigidas a extender el ámbito subjetivo del control de contenido establecido en el Proyecto. Su tenor era: “aún cuando el contrato se haya celebrado entre profesionales” (enmienda nº3, Coalición Canaria, Congreso) y “aun cuando el adherente no sea un consumidor” (enmienda nº28, Grupo socialista, Congreso)

³² Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “La nulidad de las condiciones generales”, *Nulidad: estudios sobre invalidez e ineficacia* 1, 2006,

<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=343>.: “Una elección de política legislativa criticable no establecer un específico control de contenido de las condiciones generales en los contratos entre empresarios. Desconoce que la contratación mediante condiciones generales exige una protección de los adherentes, aunque deba ser más intensa para los consumidores que para los empresarios, pero distinta, por superior, de la que proporcionan las normas imperativas y prohibitivas aplicables a todos los contratos”.

³³ CLAVERÍA GONSÁLBEZ. LUIS HUMBERTO., “La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 2, 2014. Pag 1

más encaminado a manipular a los grupos sociales más desfavorecidos aparentando lo contrario para legitimarse políticamente ante el exterior y el interior.

Además, la decisión adoptada finalmente por el legislador, es contraria al criterio seguido en los Anteproyectos Previos de 1983, 1987 y de 1992 ya que éstos contenían una cláusula general de control por medio de la buena fe y listas de condiciones generales aplicables a los contratos entre empresarios y a los celebrados entre empresarios y consumidores. Todas éstas razones nos llevan a la misma pregunta ¿por qué finalmente la decisión adoptada sería justamente la contraria, y además tan restrictiva para este colectivo?

No fueron estas las únicas objeciones a la hora de trasponer la Directiva 93/13/CEE. En realidad, es notable que el artículo 8.1 LCGC es prácticamente el mismo que el del artículo 6.3 del Código Civil (C.C). El artículo 6.3 CC establece lo siguiente:

3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

De todos modos, la diferencia reside en que el artículo 8 de la LCGC³⁴ dispone que la contravención ha de producirse por una parte en “perjuicio del adherente”. Pero centrémonos en la redacción, de poco nos sirve la matización “en perjuicio del adherente” si nos fijamos en que el artículo establece “*contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley*”. Entonces, ¿qué sucede si se vulneran otras leyes, y más, si son las que determinan el alcance de la nulidad? Lo cierto es que, debemos darnos cuenta que las únicas reglas aplicables a los empresarios recogidas en la ley son las de incorporación (art 7 LCGC). Y que las que determinan el alcance de la nulidad están recogidas en la LDCU, que no goza de aplicación en estos supuestos.

Y lo que no es menos importante, debemos recordar que hay normas imperativas que sólo son en favor de un sujeto y así son interpretadas por los Tribunales.

³⁴ Ley sobre Condiciones Generales. Artículo 8.1: *Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*

3-. COMENTARIO CRÍTICO

Una vez visto en los apartados precedentes el control de contenido específico aplicable a los consumidores y brevemente habiendo dejado matizado el que parece ser de aplicación a los profesionales y empresarios, podemos ver que el aplicable a éstos últimos dista de forma destacable del control del que gozan los primeros. En realidad, no hace falta detenerse en exceso para apreciar que es notoriamente insuficiente y demasiado genérico para una materia tan delicada.

A estas alturas resulta indiscutible, y la doctrina se sitúa en una posición no controvertida³⁵ de que el control de contenido específico es negado a los profesionales de dos formas³⁶. La primera de ellas, por medio del artículo 8.1 LCGC en el que se dice que serán nulas las cláusulas que contradigan normas imperativas y prohibitivas, cuestión que es superflua por obvia pero que trataremos con más detenimiento a continuación.

Y la segunda, por medio del artículo 8.2 LCGC, respecto al cual existen opiniones doctrinales dispares y por ello concederemos a tal cuestión un epígrafe en exclusiva. A estos efectos, cabe concluir que de lo que la doctrina no está tan de acuerdo es de los motivos por los que la regulación es tan poco acertada y de las consecuencias que ello acarrea. En el presente apartado nos centraremos en argumentar aquello sobre lo que todos los autores están de acuerdo, dejando para el próximo epígrafe las discrepancias doctrinales.

Sumergiéndonos un poco más en el artículo 8.1 LCGC veremos que un específico control de contenido de las condiciones generales como el que sí se prevé para los consumidores, no tendría como objeto la contravención de normas imperativas o prohibitivas, sino en gran medida normas de Derecho supletorio o dispositivo. Puesto

³⁵ PASTOR VITA FRANCISCO JAVIER., "Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios", *La Ley* 6367, 2005. Pag 2.

³⁶Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "La nulidad de las condiciones generales", *Nulidad: estudios sobre invalidez e ineficacia* 1, 2006,

<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=343>.: "Este control se niega de alguna manera en cuanto el art. 8 en su párrafo 1 sólo dispone la nulidad de las condiciones generales que contradigan normas imperativas o prohibitivas aplicables a todos los contratos y en el párrafo 2 ciñe el control de las cláusulas abusivas a los contratos con consumidores".

que, el caso de contravención de normas imperativas y prohibitivas, ya viene contemplado en nuestras normas generales de contratos, ya que de por sí son nulas al tenor del artículo 6.3 CC. De este modo el artículo 8.1 LCGC no aporta ninguna novedad al control que pueden aplicar los empresarios y profesionales.

El problema de control de contenido de las condiciones generales, no es causado por normas imperativas o prohibitivas en absoluto, por el contrario, viene dado por un desplazamiento de las normas dispositivas en beneficio del predisponente³⁷. Digámoslo de otro modo, el predisponente establece sus propias cláusulas, las cuales normalmente están al límite o van en contra de derecho dispositivo entre las partes, fruto de la autonomía de la voluntad, abusando de su posición predominante.

Por ese motivo, resulta necesario un control específico, para poder entrar a controlar dichas situaciones, si fuese de otro modo, el control general de contratos y el de inclusión recogido en la propia LCGC serían suficientes para el ámbito de contratación mediante las condiciones generales de la contratación puesto que ya se prevé la nulidad de las cláusulas cuando van en contra de normas imperativas en el CC. Cuestión evidente es que, este control específico nace para poder controlar un ámbito que antes, con la regulación del CC no era posible del todo, por quedar bajo el paraguas tan grande como es la autonomía de la voluntad.

En realidad, lo que es necesario es apreciar si desde las reglas de exigencia de la buena fe, entre esas circunstancias ha prevalecido el interés del predisponente de manera que se ha establecido una regla que es desequilibrada comparada con la que se prevé por la norma dispositiva en perjuicio, en este caso, de un consumidor, ya que de ese modo, la condición general o cláusula predispuesta sería abusiva. Lo que este control específico aporta, es un posible control sobre cuestiones de derecho dispositivo, pudiendo comparar de un modo u otro si la regla que contiene la cláusula se excede o no de la norma dispositiva con la que se compara.

Lo que en ningún caso se puede pretender es que, considerándose las condiciones generales de la contratación derecho dispositivo, aun cuando son predispuestas por una de las partes, además los adherentes no vayan a poder gozar de la posibilidad de aplicar tanto un control de incorporación y de contenido para poder aportar equidad y controlar dicho modo de contratar. Pues de lo contrario, bajo nuestra

³⁷ Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "La nulidad de las condiciones generales", *Nulidad: estudios sobre invalidez e ineficacia* 1, 2006,

<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=343>. Pag 4.

opinión, se estaría intentando camuflar bajo una forma de contratar supuestamente dispositiva, una forma que no tendría manera de tener cabida en el artículo 1255 del Código Civil. Por una parte, porque una de las partes no ha podido influir en las cláusulas del contrato, por otra, porque no tendría modo de poder controlar el contenido de dichas cláusulas de las que muchas veces no ha tenido conocimiento y mucho menos influir en su contenido y por último, porque todo ello supondría tildar de derecho dispositivo, una forma de contratar que de ello tendría bien poco.

En cierto modo, es necesario que además del control de incorporación, de por sí mera reproducción de las normas generales de contratos e insuficiente como se ha dejado apuntado en apartados precedentes, el cual se centra en cuestiones de derecho imperativo³⁸, exigiendo ciertas características formales etc. De las condiciones generales que se empleen en los contratos, se establezca un control de contenido, en el sentido que, puede ocurrir de contrario que la condición general cumpla con los requisitos formales que exige el control de incorporación, pero su contenido en sí, cause un desequilibrio en la relación contractual. Eso sí que el modo de entrar a valorar si dicho contenido es desmesurado o desequilibrado, es comparándolo con normas dispositivas de las que parten, ya que las mismas servirán a modo de guía.

Resulta paradigmático por ese motivo que el artículo 8.1 LCGC deje desprotegidos y tan limitados a los profesionales y empresarios, ya que, si ese control era insuficiente en contratos con consumidores, también lo será para los empresarios que quedan al albur de grandes empresas que imponen sin límite alguno sus condiciones, que por cierto, no tienen de por sí por qué ser abusivas. El único control que pueden gozar de su aplicación es el de incorporación según el artículo 7 LCGC, pero en ningún caso se podrá entrar a valorar el contenido de las cláusulas conforme a la normativa de cláusulas abusivas para determinar su nulidad. Esto es, para determinar si crean un desequilibrio a una de las partes o si son contrarias a la buena fe.

En segundo lugar, y de forma más conflictiva, se niega el control de contenido a los empresarios por medio del artículo 8.2 LCGC, ya que el precepto establece que el control de contenido será de aplicación a las condiciones generales que sean abusivas, cuando el adherente sea un consumidor, remitiéndose así al artículo 82 LDCU. Se trata de hacer hincapié en que se está ante un tema más controvertido porque, si bien todos

³⁸ PASTOR VITA FRANCISCO JAVIER., "Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios", *La Ley* 6367, 2005. Pag 7: "El artículo 8.1 LCGC es un precepto escasamente inútil, pues no otorga al profesional que contrata bajo condiciones generales mayor protección que la que otorgan las reglas generales de la contratación a cualquier contratante en cualquier modalidad de contrato".

los autores están de acuerdo en que los empresarios y profesionales son excluidos del control de contenido de la LCGC, no todos están de acuerdo en las posibles soluciones al respecto ni lo interpretan de igual forma.

Cierto es que, el problema parece ser que procede como veremos más adelante y tomando ahora como punto de partida de las contradicciones apreciables en la propia Exposición de Motivos de la LCGC, y en que el legislador no supo expresarse bien al redactar la norma. Todo ello nos lleva a pensar, que quizá habría sido mejor modificar la LDCU en vez de formar semejante desbarajuste jurídico entre dos normas, que ahora resultan tan confusas.

No es menos cierto que, intencionadamente o no la conclusión a la que ha hecho llegar el legislador a la materia en cuestión, es que la contratación mediante condiciones generales de la contratación entre empresarios no es merecedora de ninguna regla especial de control de contenido.

4-. EL CONTROL APLICABLE A EMPRESARIOS Y PROFESIONALES

Como podemos ver, el artículo 8 de la LCGC ha generado varias críticas además de frustración y opiniones dispares. El precepto, permitiéndose la expresión, es bastante inútil en el sentido que además de ser una repetición prácticamente del artículo 6.3 C.C tal y como se ha expresado en líneas anteriores, carece de una regla sobre el control de contenido para los empresarios. Entonces, ¿qué control se les aplica en específico a los empresarios? Podemos anticipar que, ninguno. Ahora bien, la doctrina ha adoptado orientaciones dispares al respecto.

A) Control mediante normas generales del Código Civil

Como se ha podido dejar apuntando en apartados precedentes, podemos decir que el control de contenido aplicable a la contratación mediante condiciones generales entre empresarios es, en un principio, según cierta doctrina e incluso reiterada jurisprudencia³⁹ el general CC.

³⁹ España. Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1º) Sentencia num. 210/2013 de 30 de julio. *Son no obstante de aplicación las normas relativas a las condiciones generales de contratación pues así lo dispone el art. 2 Ley 7/1998, de 13 abril (RCL 1998, 960) , si bien para este tipo de relaciones la LCGC prevé exclusivamente la aplicación de las normas de incorporación, ya que*

Lo que supone en primer lugar que, no existe una cláusula general de nulidad como la que se prevé en los arts. 82 y 83 de la LGDCU o 8.2 LCGC. Lo que lleva consigo que, el control posible a aplicar proveniente de normativa específica de condiciones generales a los empresarios, es solo el de incorporación. Y en segundo lugar, remitiendo a las normas prohibitivas e imperativas generales, a parte de las que prevé la propia LCGC, cuando además, son unas una mera reproducción de las otras.

Por una parte, la doctrina mayoritaria y autores como MIQUEL GONZALEZ o PASTOR VITA han terminado considerando que es aplicable a las condiciones generales entre empresarios las normas generales contenidas en nuestro CC de contratos⁴⁰. En este sentido, se consideran de aplicación los artículos 1255, 1256 y 1258 del CC. La aplicación de los mencionados preceptos, tiene como consecuencia la declaración de nulidad de pleno derecho relativa, esto es, se declarará la nulidad de la condición general pero no así la del resto del contrato.

Centrándonos más en específico en cada uno de los mencionados preceptos del CC. Podríamos decir que el primero de ellos es el 1255, limitador de la autonomía de la voluntad. Claro está que la misma queda limitada de forma notable en lo que al contratante débil se refiere, provocando que éste no esté en situación de negociar el contenido contractual. A este respecto, convendría pensar ante la insuficiencia del artículo 1.255 que el contenido de las cláusulas predispuestas podría quedar controlado por medio de la moral y el orden público, el problema es que ambos conceptos resultan elásticos y poco precisos en demasía, creando un ambiente de inseguridad e inconcreción respecto a la materia.

Bajo cierto punto de vista, resulta dificultoso declarar el carácter inmoral de las cláusulas salvo que produzcan un desequilibrio desorbitado de las prestaciones de las partes, lo cual, en esta materia suele ser habitual e incluso necesario para que la abusividad sea predicable. Y por otro lado, el orden público puede verse vulnerado, porque el predisponente abusa de su posición en el mercado, la cual le permite imponer semejantes condiciones.

el control de contenido de las condiciones generales se rige, para los profesionales, exclusivamente por las reglas generales de la nulidad contractual, conforme resulta del art. 8.1 y 2 de dicha norma . Lo que en definitiva nos lleva, sin perjuicio de lo que después se dirá, a la aplicación de la reglas generales sobre contratación, lo que resulta de la equiparación del contenido del art. 8.1 de la LCGC y art. 6.1 del CC (LEG 1889, 27) y a la aplicación de la normativa de condiciones generales sobre inclusión contenida en el art. 7 de la LCGC.

⁴⁰ PASTOR VITA FRANCISCO JAVIER., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, *La Ley* 6367, 2005. Pag 7.

Pero todo ello conlleva, como punto de partida admitir que, no solo los consumidores pueden ser parte débil en el contrato, sino también aquellos pequeños y medianos empresarios que quedan sometidos y al albur de las condiciones que les imponen las grandes empresas o multinacionales. Cuestión ésta última, que no ha parecido ser apreciada o mejor dicho ha sido ignorada con conocimiento de causa por el legislador. Ahora bien, centrándonos en el lado práctico, rara vez los tribunales van a declarar nulas las cláusulas o condiciones contractuales en aplicación de los límites de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC⁴¹, porque ellas, por sí mismas, en un principio, no son ni inmorales ni contrarias al orden público.

Por otra parte, el artículo 1256 CC⁴², puede resultar más llamativo en el sentido de que las cláusulas que vinculan el contenido contractual a la voluntad de una sola de las partes pueden ser consideradas nulas. Claro está que este enunciado encaja perfectamente con el supuesto de hecho de las condiciones generales de la contratación, ya que, si se me permite la expresión, en parte ese puede ser considerado el lema de tales condiciones generales: el contenido contractual queda a la voluntad del predisponente de las cláusulas, ya que la otra parte, ni siquiera se ha pronunciado sobre las mismas, ni ha negociado su contenido e incluso puede que no haya tenido la oportunidad real de conocerlas. De todos modos, bajo nuestra opinión, no puede considerarse tal artículo como un control de contenido en el que se mide la validez del contenido de la condición o cláusula, sino más bien encaja más en el supuesto de control de incorporación (art 7 LCGC), ya que en base a ese artículo, no son válidas las condiciones o cláusulas que el adherente no haya tenido la oportunidad real de conocer.

En último lugar, y de acuerdo con la tesis sostenida tanto por PASTOR VITA como por MIQUEL GONZÁLEZ⁴³, el artículo que permite una mayor protección a pesar de que en un principio parezca ínfimamente laxo es el 1258 del mismo cuerpo legal⁴⁴. Puesto que, el autor defiende que el control de contenido de las condiciones generales

⁴¹ Artículo 1255: *“los contratantes pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público”*.

⁴² Artículo 1.256: *“la validez y el cumplimiento del contrato no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes”*

⁴³ PASTOR VITA FRANCISCO JAVIER., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, *La Ley* 6367, 2005. Pag 8: *“ Pero, sin duda, es el art. 1258 CC el que permite una mayor protección al empresario adherente en un contrato con condiciones generales. MIQUEL GONZÁLEZ ha mantenido, al respecto, la tesis que nos parece más adecuada al considerar que el control de contenido podría llevarse a cabo mediante la aplicación del criterio de la buena fe contenido en dicho precepto.*

⁴⁴ Artículo 1.258: *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*

entre empresarios podría llevarse a cabo mediante la aplicación del criterio de la buena fe. Ya que, toda condición general o cláusula que deje de lado la buena fe, es nula.

Relacionado con lo expuesto, se pronunció DIEZ PICAZO, en comentario al artículo 1258 CC, sobre el que me gustaría destacar las siguientes palabras: *“la regla de la buena fe se dirige también al acreedor o titular del derecho subjetivo en virtud de la relación contractual, imponiéndole formas y modalidades del acto de ejercicio de su derecho y estableciendo para él determinados límites, más allá de los cuales, el acto de ejercicio del derecho se convierte en abusivo y puede ser repelido por el obligado”*⁴⁵. Trayendo las palabras a nuestra materia, es preciso puntualizar que, si el acreedor ejercita su derecho sobrepasando ciertos límites (como en este caso pueden ser la buena fe, orden público, leyes y moral) sus condiciones o cláusulas resultarían nulas.

Claro está, que en contra de los mencionados principios (orden público, moral y buena fe) debe de ir aquella cláusula o condición predispuesta, no negociada individualmente, y por tanto no aceptada por el deudor y cuyo contenido sobrepasa los límites de la buena fe y causa un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, por mucho que por una desafortunada redacción de la norma solo sean aplicables los principios de la buena fe, orden público y moral.

Con esto último lo que se quiere decir es que la especial configuración de éstas cláusulas, hace que por sí mismas no sean nulas, cuando de aplicar solamente las reglas del código civil y no las de su normativa específica haría que sí lo fueran por ser contrarias a la buena fe. Pero lo realmente destacable por cuestionable es que aquellas cláusulas entre empresarios que claramente sí generan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones entre las partes y son contrarias a la buena fe no son menos nulas por el hecho de haberse establecido entre empresarios y a pesar de ello, se les niega ese control.

A pesar de ello, creo que se trata de un criterio bastante indeterminado el de la buena fe. La necesidad de una normativa de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas ha sido necesaria dada su especial configuración y dadas sus especiales características. Porque la forma de contratar mediante éstas hacía quedar desfasada por completo la contratación mediante las reglas generales de contratos, puesto que, de ser ésta última normativa la aplicable a las condiciones generales y

⁴⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Comentario al Código Civil* (Ministerio de Justicia), Tomo II, Madrid, 1991, pag. 437

cláusulas abusivas, éstas últimas dada su especialidad, siempre resultarían nulas bajo la aplicación de la contratación mediante normas generales.

Yendo más allá sería preciso traer a colación un pequeño matiz, normalmente control de contenido y control de incorporación son, en cierto modo, dos controles que van de la mano, ya que, ¿no tendrá que ver que, las cláusulas que contienen dichos contenidos abusivos para el deudor, normalmente estén en zonas de difícil lectura, la caligrafía sea prácticamente imposible de leer, o sean poco claras?

No hace falta detenerse en exceso para saber que, cuanto más difícil sea la apreciación visual de dichas cláusulas, más fácil será que no se preste atención en ellas. ¿Quién suele pararse a leer las condiciones generales? ¿No es eso claramente, el hecho de “intentar colar dichas cláusulas” una conducta contraria a la buena fe, o a la moral? Sí, y por ese mismo motivo gozan de una normativa que permite su especial configuración bajo ciertos límites y baremos, por eso no debe ser posible en sí aplicar solamente las normas del CC de contratos para poder entrar a valorar la validez de su contenido. Y lo que no es menos importante, ¿por qué aceptar aplicar el control de inclusión mera copia de las reglas del CC, y no el de contenido?

Dicho todo lo anterior supone aceptar que este tipo de condiciones son especiales y que por eso necesitan de un añadido a la hora de su control, conlleva necesariamente que si es de aplicación un control de incorporación, también lo sea el del contenido.

B) ¿Una posible aplicación analógica del control de contenido a las condiciones utilizadas por un no consumidor?

Una segunda de las opciones barajadas por la doctrina y en especial por ALFARO AGUILA-REAL⁴⁶ es la posibilidad de aplicar analógicamente el control de contenido a las condiciones utilizadas por un no consumidor. Ello supondría hacer caso omiso de la redacción del artículo 8.2 LCGC y aplicar el artículo 82 de la LDCU de todos modos, a pesar de que en un principio la LCGC excluya a los empresarios y profesionales.

⁴⁶ ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS., *Las condiciones generales de la contratación*, Ed Civitas, Madrid, 1991

El autor dice que el control de contenido de las condiciones generales de la contratación no se trata en absoluto de una institución excepcional en el sistema jurídico que se basa en la autonomía privada sino más bien, una necesidad inexcusable. Es por ello que en ese mismo texto, el autor aboga por la posibilidad de aplicar la cláusula general de la buena fe pero no el artículo 83.4 LDCU o lista negra. Éste planteamiento ha sido trabajado y desarrollado en cierto modo, pero con ciertas innovaciones al respecto por BALLESTEROS, cuestión que trataremos en el siguiente epígrafe.

Además, no son pocos los casos en los que los Tribunales han optado por llevar a cabo una aplicación analógica de los artículos 82 y 83 LGDCU, tal solución se da por ejemplo en la STS (184/1998) de 24 de febrero⁴⁷.

Tal y como sostiene ALFARO, es evidente que el control de contenido constituye una pieza clave en el sistema de relaciones jurídicas mediante condiciones generales de la contratación. Sin embargo nos suscita más dudas su propuesta a cerca de una aplicación analógica del control de contenido sin más, esto es, sin reformar los cuerpos legales, porque éstos son insuficientes y no son discordantes y poco útiles solo en relación con el control de contenido. Es por eso, que considero necesario traer a colación un último planteamiento más.

C) ¿Qué quiso decir el legislador?

Un enfoque distinto pero al hilo del anterior e incluso más completo es el que aporta el autor BALLESTEROS, ya que a su juicio, si bien es cierto que en la redacción actual de la norma, los empresarios y profesionales quedan excluidos del control específico de contenido, pero su razonamiento y posible solución difieren de las anteriormente explicadas.

Valga la redundancia, para el autor BALLESTEROS, esta segunda negación del control de contenido por medio del artículo 8.2 LCGC, parece ser que tiene su origen en la decisión de política legislativa que se remonta a en vez de reformar la LDCU, promulgar una Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Cuyo resultado, ha

⁴⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^o). Sentencia núm 184/1998 de 24 de febrero. *A todo lo que se acaba de exponer cabe añadir que al presente caso procede aplicar, como norma supletoria de carácter general, la vigente Ley de 24/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984\1906 y ApNDL 2943) en cuyo artículo 10, apartado c), números 3.º, 4.º y 5.º se recoge el espíritu de equilibrio equitativo entre las partes que debe presidir la contratación, evitando condiciones o interpretaciones abusivas, o penalizaciones que no se correspondan con prestaciones adicionales, expresadas con la debida separación y claridad, y susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso; circunstancias que, como hemos dicho, no coinciden en el supuesto que estudiamos*

sido nefasto y plagado de contradicciones como se puede apreciar. En realidad, si la LCGC se limita a declarar la nulidad de las CGC abusivas cuando estas son impuestas a un consumidor, ¿Cuál es la novedad aportada por la LCGC?, ninguna, ya que ese supuesto ya se prevé en la LDCU⁴⁸.

Lo que si contempla la LDCU es un supuesto de nulidad notoriamente más amplio, ya que no solo se declara la nulidad de las condiciones generales de la contratación, sino de todas las cláusulas impuestas a los consumidores siempre que sean abusivas. Lo que supone que aquellos contenidos abusivos no tienen por qué venir impuestos en una cláusula que cumpla los requisitos necesarios para ser una condición general: generalidad, imperatividad (...), en este caso, se prevé entonces un supuesto de hecho más amplio. Siendo claros, de nada sirve este apunte a los empresarios. Lo que no es menos cierto es que la LCGC queda fuera de sentido, por no aportar ninguna novedad al sistema jurídico. Los controles de inclusión que son los aplicables a los empresarios o profesionales en realidad no son más que normas del Código Civil, cuestión que ya se ha trabajado con anterioridad en el texto.

Para entender mejor el origen del problema, debemos hacer referencia a la Exposición de Motivos de la LCGC, ya que la misma en sí parece no aclararse. La Ley exige que las CGC no sean abusivas cuando se contrata con un consumidor, que como consecuencia de ello, el concepto de cláusula abusiva actúa cuando está en relación con consumidores, sean condiciones generales o cláusulas predispuestas a las que un consumidor se adhiere, hasta ahí bien.

El problema aparece en la redacción cuando la Ley concluye que también puede existir abuso de posición predominante en las CGC utilizadas entre profesionales, pero en este caso serán de aplicación las normas de nulidad contractual generales. Afirmando expresamente que *judicialmente se podrá declarar la nulidad de una CGC abusiva si es contraria a la buena fe y causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, a pesar de que se trate de contratos entre profesionales o empresarios*. Y continúa matizando que sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional opera la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la disposición adicional primera de la LDCU. Por tanto, ¿en qué quedamos?

⁴⁸ Vid. BALLESTERIOS GARRIDO JOSE ANTONIO., “Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Derecho del Consumo, Derecho del Mercado y Ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas”, *Actualidad Civil 2*, 2000. Pags 7 a 8.

Realmente la Exposición de Motivos no puede ser más contradictoria. Por un lado, se dice que el concepto de cláusula abusiva, solo tiene su ámbito de aplicación entre consumidores, posteriormente y de forma contraria, nos dice que los profesionales también podrán invocar la nulidad de las CGC que sean contrarias a la buena fe y causen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes (determinante del control de contenido y definición prácticamente de cláusula abusiva), pero termina diciendo que los empresarios y profesionales deberán aplicar las normas de nulidad generales de contratos.

Resulta destacable el inciso en el que parece que los empresarios y profesionales podrán declarar la nulidad de las CGC que sean abusivas, si son contrarias a la buena fe o cusan un desequilibrio importante a los derechos y obligaciones de las partes, pero después en su articulado despoja a dichos sujetos de ese control. Esto es, después no tienen medios para hacerlo efectivo en el articulado de la LCGC. Por tanto, resulta ampliamente desconcertante, en un principio parece que los empresarios y profesionales también podrán instar la nulidad de las condiciones generales de la contratación, pero después en la redacción de la norma, se ve que no es así.

De este modo, para BALLESTEROS, la cuestión reside en que, el legislador debió de explicarse o plasmar mal lo que en realidad quería hacer o decir. En cuanto que, haciendo tanto hincapié en la distinción entre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, llegó a vincular el concepto de cláusula abusiva solo a los consumidores, probablemente influenciado por la Directiva como se ha dejado avanzado en apartados anteriores, dejando por completo a un lado la posibilidad de que las cláusulas abusivas también pueden darse en las CGC con las que contratan los empresarios. Seamos claros, si con la distinción el legislador quería aclarar en que una condición general no tiene por qué ser abusiva, como sostiene MIQUEL, eso es obvio.

Y por otro lado, poco acertado, remitir a los profesionales a las normas generales de nulidad contractual para aquellas condiciones generales abusivas, cuando nuestro ordenamiento ni siquiera prevé la nulidad por abuso de posición dominante. A tenor de lo expuesto por BALLESTEROS, lo que ha sucedido es que se han mezclado dos cosas diferentes: por una parte, la cláusula general que prohíbe las cláusulas abusivas, esto es, la definición en sí de las mismas y por el contrario el listado que se prevé de cláusulas abusivas de la LDCU que serán abusivas en todo caso y cuando una de las partes sea un consumidor. Dejemos apuntado que, es probable que al hablar de normas generales de nulidad de contratos, el legislador se quería referir a la cláusula general prohibitiva.

Este último planteamiento es el que a nuestro modo de ver, parece tener más sentido con el enunciado de la Exposición de Motivos. Y por ello, es posible que lo que el legislador quisiera decir es que cuando el adherente sea un profesional, se aplican las reglas generales de la nulidad contractual de las cláusulas abusivas, es decir, se aplica la regla general prohibitiva de las cláusulas abusivas: *aquellas que vayan en contra de las exigencias de la buena fe y causen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato, en perjuicio del adherente*. Y que en todo caso y siempre, serán abusivas las recogidas en la disposición adicional primera LDCU cuando el adherente sea un consumidor (lista negra). En definitiva, el legislador mezcló las reglas generales de la nulidad contractual del CC, con la cláusula general prohibitiva, que es la que declara la nulidad de las cláusulas abusivas.

Esta proposición resulta coherente y además de hacer desaparecer los problemas de contradicción que actualmente acarrea ésta materia se trata de un planteamiento que ya ha sido aplicado en países europeos como Alemania y Portugal y veremos en otro epígrafe más adelante. En cuanto que, ese plus de protección que el legislador quería dar a los consumidores sería satisfecho con la cuestión de que sólo les sea de aplicación a ellos la lista negra de aquellas cláusulas que en todo caso sean abusivas. Y por otra parte, los profesionales y empresarios que es lo que nos preocupa en nuestro caso, gozarían de la posibilidad de aplicar el control de contenido a la contratación mediante condiciones generales entre ellos, no siendo necesario recurrir a las normas generales de contratación del CC, que son manifiestamente insuficientes y fuera de sentido aplicarlas en una materia tan específica y peculiar.

Ciertamente las corrientes doctrinales a las que nos hemos referido de aplicabilidad en diversos aspectos. Pero lo cierto es que, a pesar de que la opinión de BALLESTEROS bajo nuestro punto de vista se asienta sobre fundamentos sólidos, actualmente carece de aplicación. Me explico, lo único que podría hacer aplicable dicha cuestión es que el legislador introdujera los cambios oportunos o que, por lo menos, aclarara él mismo lo que quiso decir para poner fin a una normativa tan confusa. Ello nos lleva a deducir que, a pesar de que el planteamiento de BALLESTEROS pudiese ser una solución, no es lo que actualmente podemos aplicar y nos veamos obligados a seguir la línea de autores como MIQUEL que sostienen la aplicación de las normas del Código Civil y en especial la buena fe⁴⁹.

⁴⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “La nulidad de las condiciones generales”, *Nulidad: estudios sobre invalidez e ineficacia* 1, 2006, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=343>

En realidad, personalmente y bajo mi punto de vista, es preferible la idea de que el legislador cuando decía “normas generales de los contratos” en la Exposición de Motivos de la LCGC se refiriese a la cláusula general que define las cláusulas abusivas, ya que de ese modo, tal y como ya se ha explicado en líneas precedentes, el problema quedaría cuanto menos más claro y más completo, no dejando desprotegido e indefenso al colectivo de empresarios y profesionales. Además las normas recogidas en el Código Civil son manifiestamente insuficientes y para plasmar las mismas ya existe un control de incorporación recogido en el artículo 7 LCGC⁵⁰ fielmente parecido a las normas del Código Civil de contratos y en especial al artículo 1258 CC.

Por ese mismo motivo el control de contenido de las condiciones generales y cláusulas abusivas entre empresarios me atrevo a decir que, no es que sea insuficiente sino que es inexistente. El legislador tenía la opción de seguir diversos sistemas que ya se habían instaurado en distintos países Europeos, simplemente tenía que llevar a cabo una tarea de estudiarlos, posicionarse en alguno o por lo menos escoger bien lo mejor de cada uno de ellos (como veremos a continuación).

IV-. DERECHO COMPARADO

La cuestión es, teniendo diferentes ejemplos de cómo se ha traspuesto la directiva en otros Países Europeos y con mayor antelación que en el nuestro. ¿Cómo es posible que no se haya llegado a un resultado parecido?

Pag 8: “Desde una concepción semejante parece natural remitir el control de contenido a las reglas generales de todos los contratos (...) Por el procedimiento empleado para establecer la regla contractual es posible que una aparente norma de conducta como la buena fe se transforme en una regla de competencia o validez.

⁵⁰ Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Artículo 7: “No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- *Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.*
- **b)** *Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.”*

A la hora de analizar las tres corrientes que explicaremos a continuación para trasponer la materia en distintos países, veremos como parece ser que en el caso de España, intentando tomar una decisión intermedia, y gozar de un estilo propio, el resultado ha sido más que criticable. Nuestra intención al tratar este epígrafe no es otra que corroborar y dotar de sentido el planteamiento formulado en líneas anteriores fieles a lo expuesto por el autor Ballesteros. Y yendo un poco más allá, proporcionar unas posibles soluciones en base a los sistemas de países vecinos.

A continuación, veremos a grandes rasgos cómo en distintos países de Europa se ha transpuesto la directiva de diferentes maneras⁵¹, además trataremos de reforzar la solución en la que me he posicionado en las anteriores líneas en base a tales sistemas. Por una parte existen los modelos que son fieles al sistema francés o nórdico y por otro lado los sistemas como el Alemán al que se han sumado países como Portugal. De este modo, en Italia por ejemplo, se ha incluido en el Código Civil, en Alemania se ha promulgado una Ley de Condiciones Generales (AGBG-Gesetz) que en reformas posteriores también se ha terminado incorporando el código civil y en países como Francia se ha hecho como en España, con dos normas pero con un resultado más que diferente.

4.1 ITALIA

A pesar de que el modelo Italiano también goce de un sistema de control con un resultado más que cuestionable, creemos necesario hacer referencia al mismo por una sencilla razón. Es uno de los países que junto con Holanda, han incluido la materia de las condiciones generales de la contratación en sus respectivos códigos civiles. En el caso de Italia, la normativa fue incorporada a su Codice Civile del año 1942, siendo el primer país que contempló el problema de este tipo de condiciones, pero con un resultado más que inadecuado al igual que sucederá después en España.

En el caso de Italia, se establece un control formal de las condiciones generales de la contratación. Este sistema sostiene que el adherente debió haber conocido las condiciones generales de la contratación que se enumeraban en el artículo 1.341.2 como potencialmente lesivas, ello significaba que, si se demostraba que pudo haberlas conocido, quedaba fuera del alcance cualquier tipo de control sustantivo. Claro está,

⁵¹ BALLESTEROS GARRIDO JOSE ANTONIO. "Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Derecho del Consumo, Derecho del Mercado y Ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas", *Actualidad Civil* 2, 2000. Pags 1 a 4.

este sistema fue fuertemente criticado por la Doctrina italiana ya que lo que hacía era legitimar la utilización de cláusulas abusivas mediante un control insuficiente por formalista.

Hemos creído necesario traer a colación el Sistema Italiano, no porque el resultado de su regulación sea el ideal o su resultado sea correcto, cuestión que como podemos ver no es así. Pero existe una cuestión importante a tener en cuenta sobre su modo de haber decidido abordar la regulación de las CGC: la inclusión de las mismas en el Codice Civile. Bajo nuestro punto de vista y en concordancia con BALLESTEROS⁵², se trata de una opción legislativa cuanto menos interesante y que el legislador pudo haber considerado en nuestro país, en el sentido que la materia de las CGC tiene una trascendencia fundamental en relación con la teoría general de los contratos.

Con esto se quiere hacer hincapié en que, ésta singular forma de contratación ha ido cogiendo fuerza y protagonismo en los mercados actuales, hasta el punto que la contratación tradicional en la que se negociaban todos y cada uno de los extremos del contrato ha ido quedando obsoleta. Es por ello que, lo suyo habría sido introducir ésta materia en el Código Civil Español, institucionalizando la materia para así ofrecer a la misma un tratamiento de regla general y no una regulación por medio de Leyes específicas las cuales otorgan a la materia una regulación sectorial y subsidiaria.

Una de las consecuencias está clara, la opción legislativa de abordar la trasposición de la Directiva por medio de dos leyes no es solo cuestionable en cuanto a su ámbito material o contenido, sino que el simple hecho de haber promulgado dos leyes y no introducir la materia por ejemplo en el Código Civil ha supuesto no dar una respuesta acomodada a la demanda creciente de abordar la regulación de la materia. En realidad, no tiene sentido una regulación sectorial cuando se trata de una forma de contratar creciente y protagonista en la actualidad, que incluso está dejando obsoleta la forma tradicional de celebrar los contratos. Aunque no sea la única solución, la inclusión de la regulación de las CGC y cláusulas abusivas en el código civil, es posible que hubiese sido una de formas pero no la única de poder remediar, las incongruencias existentes entre los dos cuerpos legislativos que regulan la materia en España: LCGC y LDCU.

⁵² BALLESTEROS GARRIDO JOSE ANTONIO., “Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Derecho del Consumo, Derecho del Mercado y Ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas”, *Actualidad Civil* 2, 2000. Pags 1 a 2.

4.2 SISTEMA FRANCÉS O NÓRDICO

Otro de los sistemas existentes en Europa es el que da nombre al presente epígrafe en el cual debemos integrar a nuestro país. Éste sistema se basa en la llamada *teoría del abuso*⁵³, la misma dirige su política legislativa a proteger al consumidor por ser considerado como la parte débil del contrato.

Se sostiene que el consumidor está sometido al abuso que el predisponente (empresario) puede hacer valer dada su posición superioridad económica y dado su conocimiento del mercado, por ello el legislador ha de intervenir, restaurando el equilibrio necesario en este tipo de contratos. El fin es justamente que el empresario o profesional no imponga condiciones contractuales abusivas bajo el paraguas de la libertad de contratar de las que el consumidor no sabe cómo protegerse.

Es preciso matizar que, países como Francia por ejemplo han adoptado este modelo, pero no por ello privan de protección a los empresarios y profesionales del control de contenido. En este país se ha argumentado a favor de justificar estas cláusulas limitativas o abusivas impuestas por el contratante fuerte cuando el contrato se celebra entre empresarios o profesionales, ahora bien con ciertos matices, como por ejemplo la exigencia impuesto por ciertos autores de que ambos contratantes empresarios tuviesen una misma especialidad o se dedicasen a una misma actividad productiva.

En cierto modo, lo que sucede en este caso es que la protección de la que gozan los consumidores es más fuerte, pero no por ello los empresarios y profesionales quedan totalmente desamparados por la ley Francesa de Condiciones Generales, sino que la protección de la que ellos gozan no es tan atenta y consta de diversos matices.

⁵³ Vid. BALLESTERIOS GARRIDO JOSE ANTONIO., “Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Derecho del Consumo, Derecho del Mercado y Ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas”, *Actualidad Civil* 2, 2000. Pag 2: *el primero de ellos, responde a la teoría del abuso, que dirige su política legislativa a la protección del consumidor al concebirlo como la parte débil del contrato, sometido por lo tanto al abuso de su posición de superioridad económica puede hacer el contratante profesional. Este abuso de poder representa un fallo del mercado que ha de ser remediado por la intervención del legislador.*

4.3 ALEMANIA

El tercer y último modelo es el Alemán, el cual también fue adoptado por Portugal, éste a grandes rasgos responde a la *teoría de los costes de transacción*: en el sentido que todas las transacciones, intervengan consumidores o no conllevan unos costes de transacción, lo que supone que la negociación de un contrato lleva consigo un gasto tanto en tiempo como dinero que se ve traducido en una subida de precios finales que serán soportados por la parte débil del contrato. Es por ello que, la intervención del legislador va orientada a que se evite ese encarecimiento que deberá ser soportado por la parte débil permitiendo la contratación por medio de CGC.

Como permitir este tipo de contratación tiene como consecuencia que el adherente del contrato solo puede aceptar o renunciar los términos en bloque a la hora de contratar, se hace preciso un control público de este tipo de condiciones generales para poder garantizar la equidad en los contratos. A pesar de ello, la ley regula genéricamente el fenómeno de contratación mediante este tipo de condiciones, sin perjuicio de que se establezca un nivel más severo de control cuando el adherente sea un consumidor.

De todos modos, no es el único aspecto a destacar del modo que tanto Alemania como Portugal han escogido para abordar la regulación de la materia, ya que también resulta destacable por acertado, y así lo ha reconocido la doctrina⁵⁴, que éste modelo es el más correcto técnicamente, al regular la materia en única ley general pero introduciendo matices se trate o no de un consumidor. Además al hilo de lo anteriormente expuesto con Italia, a raíz del año 2001, Alemania introdujo la materia de condiciones generales de la contratación en su respectivo Código Civil (Libro II) de los artículos 305 a 310.

Es resultado de todo ello que, en el caso de la Ley Alemana (AGBG-Gesetz) si se trata el adherente de un profesional, no le sea de aplicación la lista negra de cláusulas

⁵⁴ BALLESTERIOS GARRIDO JOSE ANTONIO., “Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Derecho del Consumo, Derecho del Mercado y Ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas”, *Actualidad Civil* 2, 2000. Pag 3: *una segunda posibilidad habría sido dictar una única ley que regulase con carácter general todas las cuestiones civiles y procesales actualmente incluidas en la LDCY y en la LCGC, derogando el artículo 10 LDCU, al modo de las leyes portuguesa o alemana, que se reconocen como las más correctas técnicamente de nuestro entorno.*

abusivas pero sí la cláusula general prohibitiva de las mismas. Y en el caso de Portugal, sí se aplica una lista negra de cláusulas abusivas si el adherente es un profesional, pero más escueta que la que es de aplicación cuando el adherente es un consumidor.

V-. POSIBLES SOLUCIONES

He creído interesante aportar algunas posibles soluciones al problema, al menos plantearlas, a grandes rasgos. A lo largo de todo el relato poco a poco hemos podido ir aclarando cómo la normativa española además de alejarse considerablemente de la de los países vecinos, contiene errores y lagunas importantes. Por ello Resulta evidente que la regulación necesita de ciertas correcciones y reclama una modificación.

Tras analizar los tres modelos existentes en nuestro entorno, he creído oportuno aventurarme a aportar unas posibles soluciones en base a ellos. En países que siguen el modelo francés o nórdico, a pesar de ser fieles a la teoría del abuso, el colectivo de empresarios y profesionales no queda desprotegido a la hora de poder aplicar cierto control de contenido a la contratación mediante condiciones generales. Por otra parte, en países como Alemania o Portugal, aplicadores de la teoría de la transacción, los empresarios también gozan del control de contenido aunque, como hemos podido ver, sea más limitado.

Lo que no tiene sentido en ningún caso es intentar dar a todos los palos de la baraja, como pretende el legislador español: por un lado, regular los contratos celebrados con consumidores, estableciendo unos controles relativos a su inclusión en el contrato y a su contenido, que afectan a todas las cláusulas no negociadas (no sólo a las condiciones generales) deduzco que siguiendo el fiel mandato de la Directiva; y por otro, regular las condiciones generales de la contratación utilizadas frente a todo adherente, como en el modelo, pero con una importante ausencia en el ámbito de aplicación subjetivo: la de los empresarios y profesionales.

Cuando en los párrafos introductorios de este epígrafe me refería a que el legislador ha tratado de tener un estilo propio, me refería a que ha pretendido. Elaborar una normativa evitando posicionarse, al menos claramente, en alguno de los sistemas de nuestro entorno. El resultado ha sido el de cometer algunos errores importantes en entre los que destaca el referido al ámbito subjetivo de una de las normas, el del artículo 8.2 LCGC. Como hemos podido ver, salvo en el caso de Italia, en el resto de países, a pesar de seguir diversos sistemas y tener diferencias a la hora de trasponer la Directiva 93/13/CEE, en ninguno de ellos encontramos un error tan manifiesto como en el caso

de España. Lo que en ningún caso se puede consentir es que, la normativa nacional otorgue una protección menor que la que proporciona la Directiva Europea, cuando éstas últimas siempre suelen definir el derecho mínimo (o en este caso la protección mínima) que deben tener en cuenta los Estados al trasponer esas normas.

Ante esta situación, a nuestro modo de ver, a medida que se profundiza más en la materia, el enfoque del apartado 3.4.C en el que se expone la orientación de BALLESTEROS es el que cobra su total sentido. Si el legislador de veras pretendió, dada su tardía decisión de trasponer la Directiva, realizar una regulación que pudiese gozar de todos los aspectos positivos de cada uno de los sistemas, esto es, por una parte proteger más al consumidor a través de la LDCU (cosa que por cierto también se hace en el modelo Alemán), y por otra regular las condiciones generales de la contratación de forma general mediante la LGCG, debería de haber prestado mayor atención en la tarea.

Podía haber redactado un único texto, lo cual permite quizá apreciar con mayor facilidad las contradicciones a la hora de elaborarlo. Para ello podía haber incluido la materia en el Código Civil, al igual que en Italia o posteriormente en Alemania, y así acomodar la materia a la demanda real de la sociedad y a la posición que actualmente ocupa en el mundo jurídico considerándola como regla general. O si quería hacerlo en dos cuerpos normativos, lo cual en un principio no tiene por qué ser algo negativo, podía haber empleado los conceptos cuidadosamente, sin crear una indefensión como la que ahora se quiere denunciar. Sobre todo sin que la norma que regule las condiciones generales de forma general (la LGCG) excluya a los empresarios de su control de contenido. Además, no debemos olvidar que el camino ya había sido desarrollado por los países vecinos, en el sentido que, ya existían normativas consolidadas sobre la materia para poder acoger un modelo válidamente experimentado como referencia.

Es por todo ello que otra de las posibles soluciones al tema que a nosotros nos atañe y probablemente la más sencilla es que la redacción del artículo 8.2 LGCG no contuviese la expresión “cuando el adherente sea un consumidor”. De esta manera, los empresarios y consumidores, podrían gozar del control de contenido y ser protegidos por la cláusula prohibitiva recogida en el artículo 83. 1 LGDCU, en el sentido que, podrían instar la nulidad de aquellas condiciones generales que siendo contrarias a la buena fe causasen un desequilibrio en los derechos y obligaciones de alguna de las partes. Por otro lado, los consumidores a pesar de estos cambios propuestos, seguirían disfrutando de una protección especial mayor que los adherentes no consumidores,

puesto que, la lista negra de aquellas cláusulas que fueran nulas en todo caso, seguiría siendo de aplicación exclusiva a los mismos.

En realidad el estudio del presente tema nos lleva a detectar a lo largo de toda la regulación pluralidad de errores y contradicciones, puesto que esta exclusión relativa al ámbito subjetivo de las condiciones generales de la contratación, muy a nuestro pesar, no es la única controversia existente. Por ello pensamos que, no deberían dejarse de lado posiciones más radicales como la de CLAVERÍA cuando propone eliminar por completo la LCGC y redactarla de nuevo⁵⁵, ya que “parcheando” las normas aplicables a la materia, es posible que no se vean solucionados todos los problemas concernientes a la misma.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

- ALFARO AGUILA-REAL, JESUS., *Las condiciones generales de la contratación*, Ed Civitas, Madrid, 1991
- ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO y MIQUEL RODRÍGUEZ JORGE (coordinadores), *Comentarios a la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1999
- BALLESTERIOS GARRIDO JOSE ANTONIO., “Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Derecho del Consumo, Derecho del Mercado y Ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas”, *Actualidad Civil*, nº2., 2000
- BUSTO LAGO, JOSE MANUEL., “Los contratos de financiación Del consumidor”. *Reclamaciones de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2010
- CLAVERÍA GONSÁLBEZ. LUIS HUMBERTO., “ La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas”, *Revista Aranzadi Doctrinal 2*, 2014
- DE CASTRO,F. *Anuario de Derecho Civil* 14/1, 1961
- DíEZ-PICAZO, L., *Comentario al Código Civil* (Ministerio de Justicia), Tomo II, Madrid, 1991
- FELIÚ REY, M.I. *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1999
- LANGLE.E, *Manual de Derecho Mercantil I*, Bosch, Barcelona, 1950

⁵⁵ CLAVERÍA GONSÁLBEZ. LUIS HUMBERTO, “La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas”, *Revista Aranzadi Doctrinal 2*, 2014. Pag 8.

- MARTINEZ DE SALAZAR BASCUÑANA. LUCIO., *Condiciones Generales y Cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, EDICIP, Cádiz, 2002
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “La nulidad de las condiciones generales”, *Nulidad: estudios sobre invalidez e ineficacia* 1, 2006,
<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=343>
- PASTOR VITA FRANCISCO JAVIER., “Diario La Ley”. *Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios*. Nº 6367, Editorial La Ley, 2005
- REICH, N., “La experiencia práctica de la ley alemana sobre condiciones generales de los contratos”, *Estudios sobre Consumo* 6, 1985
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J, *Instituciones de Derecho Mercantil II*, Aranzadi, Pamplona, 36ª ed. 2013.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (r. 241/2013)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (r. 406/2012)
- Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1º) Sentencia num. 210/2013 de 30 de julio
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º). Sentencia núm 184/1998 de 24 de febrero
- Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1º) 3 de junio de 2013 (AC 1488/2013)

Normativa

- 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. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de noviembre de 2007
- Ley 7/1998, de 13 de abril, por la que se regulan las Condiciones Generales de la Contratación. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de abril de 1998
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, *Diario Oficial L 095* de 21/04/1993 p.29-34

- Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)